

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARCO ANTONIO NISHIDA MARINHO

A PRESCRIÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

CURITIBA

2013

MARCO ANTONIO NISHIDA MARINHO

## A PRESCRIÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Trabalho apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Professor Orientador: Professor Romeu Felipe Bacellar Filho.

CURITIBA

2013

# TERMO DE APROVAÇÃO

MARCO ANTONIO NISHIDA MARINHO

## A Prescrição no processo administrativo disciplinar

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



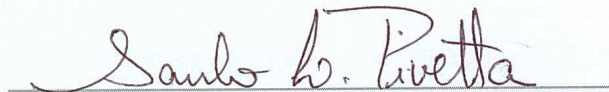
ROMEUFELIPE BACELLAR FILHO  
Orientador



Coorientador



EMERSON GABARDO  
Primeiro Membro



SAULO LINDORFER PIVETTA - *Direito Público*  
Segundo Membro

*Aos meus familiares, que sempre acreditaram  
no meu sucesso*

## **AGRADECIMENTOS**

Dedico este trabalho aos meus pais, José Arialdo Marinho e Shigueko Nishida Marinho (em memória), pelo amor incondicional.

À minha madrastra Claudete Martins, por todo esforço, empenho e dedicação.

Aos meus irmãos Maykon, Evelin e José, que sempre foram amigos, companheiros e tanto ajudaram em minha caminhada.

Aos tios, tias, primos e primas pela solidariedade prestada em diversos momentos. Em especial, minha tia Juliana Martins pela amizade que construímos.

Ao orientador, Prof<sup>o</sup>. Romeu Felipe Bacellar Filho, pelo acompanhamento, orientação e amizade.

A todos Docentes e funcionários do Curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela dedicação ao longo destes cinco anos de Graduação.

Aos meus colegas de turma pelo estudo compartilhado e conquista desta graduação. Em especial, Patrícia Iasmine Portz, Marlon Bazzo, Rafael Jesus, Paulo Diniz e Kessley Pereira cuja relação alcançou laços de amizade.

Aos meus chefes e colegas de trabalho que de alguma forma auxiliaram para a realização deste objetivo.

Se quisermos que a glória e o sucesso  
acompanhem nossas armas, jamais devemos  
perder de vista os seguintes fatores: a doutrina,  
o tempo, o espaço, o comando, a disciplina.

*Sun Tzu*

## **RESUMO**

O presente trabalho trata do instituto da Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar caracterizado pela perda do direito de punir do Estado pelo decurso de tempo, em razão do seu não exercício dentro do prazo previamente fixado em Lei. A Prescrição Disciplinar trata de questão de ordem pública, podendo ser alegada pelo Acusado ou declarada de ofício pela Administração, e tem como efeito a extinção da Punibilidade do Agente Público. O Processo Disciplinar não pode ter persecução por tempo indeterminado, sendo necessário apresentar regras claras sobre a prescrição da pretensão punitiva em relação ao servidor público. Devido a sua previsão constitucional, a Prescrição Disciplinar é princípio o que afasta a possibilidade de haver a imprescritibilidade das infrações administrativas. A imprescritibilidade impossibilita a ampla defesa e viola direito à segurança jurídica do agente público. No entanto, seu conceito e aplicação é bastante controvertido, havendo necessidade de haver discussões doutrinárias e jurisprudenciais que levam ao aprimoramento do instituto na esfera administrativa disciplinar.

Palavras-chave: processo administrativo, disciplinar, prescrição, segurança jurídica.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E/OU SIGLAS**

CGU – Controladoria Geral da União

CP – Código Penal

PAD – Processo Administrativo Disciplinar

UFPR - Universidade Federal do Paraná



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR .....</b>	<b>10</b>
2.1	ASPECTOS GERAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR .....	10
2.2	OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.....	15
2.3	O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS .....	17
2.3.1	Os Limites do Poder Disciplinar.....	19
2.3.2	A Garantia do Devido Processo Legal.....	22
2.3.3	A Garantia da Ampla Defesa e Contraditório.....	23
2.4	O ILÍCITO, A SANÇÃO ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA TIPLICIDADE.....	26
<b>3</b>	<b>A PRESCRIÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR .....</b>	<b>28</b>
3.1	PRESCRIÇÃO OU DECADÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR? .....	31
3.2	NATUREZA JURÍDICA DA PRESCRIÇÃO DISCIPLINAR .....	35
3.3	PRINCÍPIO DA PRESCRITIBILIDADE DAS INFRAÇÕES DISCIPLINARES ...	37
<b>4</b>	<b>A APLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO NO PROCESSO DISCIPLINAR .....</b>	<b>41</b>
4.1	TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DISCIPLINAR .....	42
4.2	SUSPENSÃO E INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO.....	46
4.3	PRESCRIÇÃO DISCIPLINAR REGIDA PELA LEI PENAL.....	49
4.4	O EFEITO DA PRESCRIÇÃO.....	51
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>54</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>56</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Diante do cometimento de infração administrativa pelo servidor público, pela inobservância de qualquer dever inerente ao exercício da atividade administrativa surge para o Estado o poder/dever de aplicar uma sanção ao servidor, no exercício do Poder Disciplinar, que descendente do poder hierárquico, mantendo a regularidade e controle do serviço público com a aplicação de sanção disciplinar ao agente público infrator, evidentemente, após uma regular apuração através do processo administrativo disciplinar, que segue os ditames constitucionais do devido processo legal, do contraditório e a ampla defesa.

Assim, há a necessidade haver um processo administrativo disciplinar que, de um lado atenda os interesses do Estado e da sociedade investigando os fatos e razões do ilícito administrativo e punindo servidores infratores disciplinares e, de outro, garanta ao servidor acusado todas as garantias constitucionais, notadamente da legalidade, devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Fica a cargo das legislações infraconstitucionais a regulamentação de como deve ocorrer à apuração da infração disciplinar, o que revela uma diversidade de formas e modelos de processos disciplinares, essa heterogeneidade de processos disciplinares é bastante reduzida seguindo o núcleo de processualidade presente na Constituição Federal, que apresenta uma série de princípios a serem observados, dentre os quais, o princípio da prescritibilidade da pretensão punitiva do Estado, sob pena de invalidação do processo e do ato administrativo que sancionar o agente público.

Tão importante e peculiar é a tarefa do Poder Disciplinar do Estado que, os doutrinadores elevam como ramo autônomo do Direito Administrativo – evidentemente que não há ramo totalmente autônomo - apresentando como Direito Administrativo Disciplinar.

Como todo processo, o fator tempo tem influência e produz efeitos que devem ser considerados em seu estudo. No processo administrativo disciplinar não pode ter persecução por tempo indeterminado, sendo necessário apresentar regras claras sobre a prescrição da pretensão punitiva em relação ao servidor público, por tratar-se de matéria de ordem pública e segurança jurídica.

Pela natureza da prescrição disciplinar ensejam-se várias dúvidas jurídicas de carácter interpretativo e sua aplicabilidade no Processo Administrativo Disciplinar, principalmente relativo a diferenças em relação às formas extintivas semelhantes, a sua natureza jurídica, o seu carácter como princípio constitucional, a possibilidade de ilícitos disciplinares imprescritíveis, o termo inicial da prescrição também denominado *Dies a quo*, a suspensão e interrupção dos prazos e os efeitos da prescrição no processo disciplinar que iremos explicar detalhadamente nesta monografia.

Para melhor abordagem do tema iremos primeiramente analisar os contornos conceituais do processo disciplinar, e sua configuração como garantia constitucional. Em seguida, passaremos a estudar os contornos jurídicos da prescrição no processo administrativo disciplinar, diferenciando de outras formas extintivas, apresentando sua natureza jurídica e a previsão constitucional. E ao final, mostraremos como ocorre aplicação da prescrição administrativa, delineando as peculiaridades sobre o termo inicial, suspensão e interrupção, as faltas havidas também como crime e os efeitos do instituto.

## 2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A administração pública para alcançar seus objetivos realiza uma gama bastante ampla de atos que visam determinadas ações administrativas, resultando numa diversidade de atividades estatais. Dentre essas ações há aquelas relacionadas com o registro e controle de condutas de seus agentes, que em muitos casos se desdobra para uma punição administrativa pelo cometimento de ilícito administrativo.

Neste Capítulo, apresentaremos de forma concisa o processo administrativo disciplinar, notadamente em seu aspecto como garantia fundamental para o agente público apontado como autor de ilícito administrativo. A compreensão da configuração constitucional do processo disciplinar é essencial para posterior análise da prescrição da pretensão punitiva disciplinar.

### 2.1 ASPECTOS GERAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O processo administrativo é bastante discutido pela doutrina, principalmente se o termo pode ser aplicado no âmbito do poder executivo e no que tange a diferença do procedimento administrativo. Com entendimento que processo pouco difere de procedimento, havendo somente diferença quantitativa, pois o processo é o todo e o procedimento são as partes, José Cretella Junior destaca que processo é um conjunto de outras operações parciais chamadas de procedimentos, “em sentido amplo, é o conjunto ordenado de atos que se desenvolvem, progressiva e dinamicamente, com objetivo determinado, desde o momento inicial até o instante final, é um conjunto sistemático de procedimento”. (1999, p. 566).

Odete Medauar (2012) explica que o termo processo por muito tempo foi somente utilizado para a função jurisdicional, a partir da década de cinquenta administrativistas formaram a ideia que processo está ligado ao exercício do poder do Estado, pois é caracterizado pela concretização de atos no tempo, com a passagem do poder em atos e decisões, portanto, havendo processo também na

função legislativa e executiva. Muitos doutrinadores utilizam o termo procedimento pelo receio de confundir com a atividade jurisdicional, mas Medauar é enfática:

“No aspecto substancial, procedimento distingue-se de processo porque, basicamente, significa a sucessão desencadeada de atos. Processo, por seu lado, implica, além do vínculo de atos, vínculos jurídicos entre sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, na relação processual. Processo implica, sobre tudo, atuação dos sujeitos sob prisma do contraditório”. (MEDAUAR, 2012, p. 178).

Já Hely Lopes Meirelles (1994) destaca que para realizar seus objetivos a Administração Pública utiliza diversos procedimentos, e aqueles relacionados para registro de seus atos, controle de seus agentes e apuração de conduta dos administrados tem como denominação comum de processo administrativo.

Sobre o tema Romeu Felipe Bacellar Filho (2012) explica que o procedimento é a forma do Estado exteriorizar sua competência ou função administrativa e exerce a sua atividade. Não se deve confundir com ato complexo, mas como uma sequência de atos direcionados para um fim, lembrando que cada ato tem sua individualidade jurídica. E afirma:

“processo administrativo é modalidade de “exteriorização da função administrativa” (procedimento administrativo) qualificado pela participação dos interessados em contraditório, imposto diante da circunstância de se tratar de procedimentos celebrados em preparação a algum provimento (ato de poder imperativo por natureza e definição), apto a inferir na esfera jurídica das pessoas.”

Completa o autor que processo é uma espécie de procedimento, pois se “estas vierem a participar sob prisma do contraditório, ou ainda quando externar uma acusação tem-se o processo”. (2009, p. 54).

Marçal Justen Filho (2013) tem visão mais cautelosa para não adotar um conceito mais amplo em relação ao termo processo, e privilegia o conceito de procedimento. O autor afirma que a doutrina costuma conceituar o procedimento como uma sucessão de atos jurídicos que seguem uma determinada lógica para atingir um resultado e processo é instaurado quando existe um conflito de interesses, que deve observar um determinado procedimento, e que, de fato, haverá processo quando houver um procedimento somado a uma controvérsia, sendo um processo administrativo um litígio que participe um ente administrativo. No entanto, a expressão processo administrativo deve ser utilizado com ressalvas, para não

assemelha-lo ao processo judicial, pois não há como ignorar as regras peculiares do processo jurisdicional, destacando que como nosso modelo está pautado na unidade de jurisdição somente o juiz é imparcial no Poder Judiciário, e ainda não há como adotar o princípio do juiz natural no âmbito administrativo. E conclui que:

“segue-se a orientação de Alberto Xavier<sup>1</sup>, que afirma que a disputa sobre processo ou procedimento tem natureza mais terminológica do que substância. O ilustre autor acrescenta que a expressão processo administrativo indica três laços essenciais: garantia de duplo grau, princípio do contraditório e princípio do efeito vinculante para a Administração. Assim concebida a questão não há dificuldade em adotar a concepção de um “processo administrativo””. (JUSTEN FILHO, 2013, p. 347).

Desta forma, assistem razão os autores que diferenciam o processo do procedimento, sendo caracterizado pela sequência lógica dos fatos em determinada forma e rito, para atingir um fim, já processo está relacionado com uma relação de direito, havendo controvérsia, litígio, vínculos jurídicos entre sujeitos, que deverá observar o contraditório. Assim como nos ensina Egon Bockmann Moreira:

“frente ao direito processual o termo “procedimento” jamais se prestou a designar, em sentido estrito, uma relação jurídica. Essa função é exercida com exclusividade pela palavra “processo”, que designa vínculo entre os sujeitos envolvidos na relação jurídico-processual”. (2010, p. 45).

O autor ainda completa:

“O processo Administrativo é relação jurídica dinâmica, coordenada por normas que estabelecem vínculo de segundo grau entre os sujeitos que dele participam. Em uma relação processual os direitos e deveres das pessoas participantes são de direito público – independente da natureza jurídica das partes e dos interesses em jogo”. (MOREIRA, 2010, p 63-64)

Portanto, processo não pertence somente à esfera jurisdicional, podemos evidenciar a existência em todos os atos que o Estado exerce poder, compreendendo os poderes legislativo e executivo, possuindo algumas semelhanças entre si principalmente no âmbito principiológico, mas é claro também, que devemos observar as orientações de Marçal Justen Filho quanto as peculiaridade de cada processo, notadamente a diferença em relação ao processo judicial.

---

<sup>1</sup> XAVIER, Do Lançamento: teoria geral do ato do procedimento e do processo tributário, p.313-314.

As consequências para noção de processo administrativo é evidenciado por Bacellar (2012) que cita quatro assertivas. A primeira afirma que todo processo é procedimento, porém não o contrário, pois nem todos os procedimentos envolvem atuação de interessados em contraditório e ampla defesa. A segunda assevera que procedimento é gênero e processo é espécie, que identifica um regime jurídico processual e ao mesmo tempo segue as exigências procedimentais. A terceira envolve a adoção da processualidade ampla, apresentando que o processo é exercido pelo Poder Judiciário, mas como forma de desenvolvimento da função administrativa. E a quarta consequência indica a “aceitação de que o processo representa instrumento constitucional de atuação de todos os poderes estatais resulta a formação de um núcleo constitucional comum de processualidade ao lado diferenciado”. (p. 53).

Dentre os processos administrativos, há o processo administrativo disciplinar que é a forma que a doutrina costuma nominar o processo administrativo punitivo ou sancionador, no sentido de atribuir responsabilidade administrativa pela prática de “condutas comissivas e omissivas, consideradas irregulares no desempenho do cargo ou função” (BACELLAR, 2012, p. 79).

A doutrina já superada restringia o uso da expressão processo administrativo disciplinar somente para a verificação das condutas consideradas graves, aquelas que em sejam em demissão do serviço público, nesse sentido definia Hely Lopes Meirelles como “o meio de apuração de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração”. (1994, p.596). Desta forma, as demais faltas disciplinares poderiam ser apuradas através dos meios sumários como a Sindicância. No entanto, esse entendimento descumpre os princípios constitucionais, portanto, todas as faltas funcionais devem ser apuradas através do processo administrativo disciplinar.

O objetivo do processo administrativo disciplinar é o respeito ao princípio da legalidade do ato administrativo, bem como a garantia dos direitos individuais dos servidores públicos. Odete Medauar (2012) apresenta várias finalidades que se apresentam de forma cumulativa no processo administrativo: Garantia jurídica dos administrados, que encontra uma Administração disciplinada na sua atuação; melhor conteúdo das decisões, pois os interessados contribuem para determinação dos fatos ampliando os pressupostos para a decisão; legitimação do poder, pelo seu exercício dentro das finalidades que foi atribuído; correto desempenho da função,

obrigando considerar os direitos de todas as partes presentes; justiça na administração, pela garantia da ampla defesa e contraditório, bem como pelos sopesamentos de todos os interesses na própria administração; aproximação entre a administração e cidadãos, caracterizado pela colaboração individual ou coletiva de sujeitos no processo; sistematização de atuações administrativas, com a organização dos atos administrativos praticados; e facilita o controle da administração, pela Poder Judiciário, pela sociedade e todos os demais entes que tem esta responsabilidade.

Álvaro Lazzarini (2003) ressalta a importância da instauração do procedimento administrativo disciplinar para a administração pública, como providência que deve ser adotada na ocorrência de uma falta disciplinar, e esta providência indica que a administração pública está ativa e vigilante aos desvios de conduta, renovando a credibilidade nas autoridades públicas e refuta a ideia de paternalismo no controle dos servidores públicos diante de evidente quebra de deveres funcionais. Pois “recompensas e sanções disciplinares são os meios clássicos para manter a disciplina em qualquer instituição”. (p. 12).

Dentre os processos administrativos temos os chamados de litigiosos, por versarem sobre um conflito de interesse específico, e é campo que situa o processo administrativo disciplinar.

Tão específico o processo administrativo disciplinar há doutrinadores que o estudam como um ramo autônomo decorrente do Direito Administrativo, José Armando da Costa define o Direito Processual Disciplinar como:

“Conjunto de normas e princípios, sedimentados em Leis, regulamentos, pareceres de órgãos oficiais, jurisprudência e doutrina, que informam e orientam a dinamização dos procedimentos apuratórios de faltas disciplinares, objetivando fornecer a sustentação à legítima lavratura do correspondente ato punitivo”. (1984, p. 5).

Nesta mesma linha, o Manual de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria Geral da União, elaborado por procuradores da União, também apresenta conceitua o Direito Processual Disciplinar:

“Para bem executar as atividades que lhe são incumbidas, a Administração precisa de meios para organizar, controlar e corrigir suas ações. Surge, portanto, a necessidade de meios hábeis a garantir a regularidade e o bom funcionamento do serviço público, a disciplina de seus subordinados e a



adesão às leis e regras dele decorrentes, o que, no conjunto, denomina-se Direito Administrativo Disciplinar”. (2013, p. 15)

Em resumo, o processo administrativo disciplinar deverá seguir uma sequência lógica e ordenada de atos e formalidades, as chamadas fases do processo. A doutrina diverge bastante sobre o tema, no entanto, concordamos com Bacellar (2009), que elenca três fases bem delineadas do processo. A instauração, que compreende atos do superior hierárquico do infrator, com indicação da autoridade que é dirigido, mencionando a identificação do requerente e a exposição dos fatos motivadores. A fase da instrução que é “eminentemente orientada pelos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa e oficialidade, além dos demais princípios” (p. 62), na qual são colhidas os elementos do fato através da produção de autos de depoimento, diligências na busca de provas documentais, periciais e testemunhais, assentadas, juntadas, pareceres e concluindo em um relatório técnico e jurídico. Ao final teremos a fase de decisão, na qual o Administrador competente de posse de todos os elementos fixa e formaliza o teor do ato decisório, podendo concordar com os argumentos emitidos no relatório, ou discordar motivadamente da divergência.

## 2.2 OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Bacellar (2009) nos ensina que a partir da Constituição Federal de 1934 foi contemplada a previsão do processo administrativo disciplinar referente à perda do cargo pelos servidores públicos, sendo reproduzido nas Constituições posteriores, inclusive no atual em seu art. 41, que foi alterada pela Emenda Constitucional de nº 19/1998:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.  
§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:  
I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;  
II - mediante **processo administrativo** em que lhe seja assegurada ampla defesa;  
III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. (grifo nosso).

A Constituição de 1988 atribui regras de competência para a edição de leis relativas ao regime dos servidores públicos, bem como sobre os processos administrativos disciplinares, de acordo com a chefia do específico poder, respeitando o princípio federativo. Sobre o tema a Carta Magna inovou atribuindo diversos princípios, que “tutelam os direitos dos cidadãos-administrados, prevenindo e desconstituindo violações ao direito objetivo, ou seja, consagrando a legalidade”. (BACELLAR, 2009, p. 55). Dentre os princípios específicos aplicáveis ao processo administrativo encontramos a garantia do devido processo legal no art. 5º LIV, do contraditório e ampla defesa no art. 5º LV, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

No plano infraconstitucional, encontramos uma infinidade de Estatutos que regulamentam o processo administrativo disciplinar nos diversos planos da federação, no entanto, destacamos a Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, devido a sua maior amplitude de aplicação no cenário nacional, bem como podemos utilizar seus princípios como fonte subsidiária para os demais processos disciplinares.

Conforme o Manual de Processos Administrativos Disciplinares da CGU (2013), tal legislação deve ser aplicada em conjunto com outras legislações, devido a algumas lacunas, com destaque para as seguintes: Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal; e Lei nº 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa, que traz disposições para responsabilizar agentes públicos por atos de improbidade, agregando aspectos específicos para o processo administrativo disciplinar, definindo os atos de improbidade administrativa e cominando penas passíveis de serem aplicadas a agentes públicos.

A aplicação da Lei nº 9.784/99 e Lei nº 8.429/92 são subsidiárias, incidindo nas partes omissas e sempre que não houver disposição especial no Estatuto dos Servidores Públicos Federais.

O processo administrativo disciplinar é instaurado para a apuração de condutas irregulares dos administrados, como evidencia o art. 143 da lei nº 8112/90:

A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa. (grifo nosso).

No conteúdo destas leis podemos inferir outros princípios específicos do processo administrativo disciplinar, no art. 2º da Lei nº 9.784/99, determina que a “Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”, há também preocupação com o princípio do formalismo moderado que, conforme Bacellar (2009) é a adoção de formas e ritos mais simples, com vista à segurança jurídica e observância de direitos para atender o fim desejado.

Verificamos também no bojo legislativo a preocupação com o princípio da oficialidade, que confere à autoridade competente a iniciativa pela instauração do processo administrativo, com o princípio da verdade material, incentivando a busca de outros elementos além dos trazidos nos autos, e com a definição das regras de prescrição, atendendo o princípio da prescritibilidade da pretensão punitiva da administração pública, que será apresentada nos capítulos posteriores.

Seguindo tais princípios, o processo disciplinar cumpre função de apurar condutas dos administrados, com a observância do núcleo de processualidade presente na Carta Constitucional, atendendo princípios como a presunção de inocência, do juiz natural, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. (BACELLAR, 2009).

## 2.3 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Como já visto, a Constituição de 1988 abordou o tema do Processo Administrativo Disciplinar atribuindo a competência para a administração estabelecer modelos de conduta e sanções administrativas a seus servidores que agem de forma reprovável, mas ao mesmo tempo preencheu com garantias o processo

administrativo disciplinar, sem o qual não poderão ser aplicadas as punições disciplinares.

Neste sentido, Bacellar (2013) defende que a leitura do art. 5º incisos LIV e LV da Constituição insere ao processo administrativo disciplinar um rol de direitos e garantias fundamentais. Tais garantias tem dupla função, de um lado tutela os direitos dos administrados, e de outro garante a legalidade, afastando práticas que violam o direito vigente. Antes o processo disciplinar já era entendido como garantia jurídica, no entanto, agora há garantias mínimas presentes no texto constitucional. Desta forma, “se o processo administrativo impera como garantia constitucional, está confirmada a premissa de investigação da disciplina processual administrativa: partindo da Constituição, a lei deve reconstruir o processo à sua imagem e semelhança”. (p. 62).

Para regulamentar o processo administrativo disciplinar o legislador deverá seguir os contornos constitucionais, podendo erigir o que a Constituição Federal não dispuser, mas sempre lastreado por seus princípios.

Este raciocínio nos leva a concluir que o processo administrativo disciplinar, guiado pelo horizonte constitucional, é um instrumento garantidor de direitos fundamentais, como aponta Bacellar (2012).

Nesta mesma esteira, Moreira (2007) afirma que a forma mais democrática do Estado praticar um ato é através do processo administrativo, deste modo, o processo se mostra como um instrumento de garantia de direitos individuais.

“Através do processo administrativo não se pretende mera proteção a prazos, publicações, vistas, protocolos e demais perfis burocráticos da atividade estatal. O processo é instrumento de participação, proteção e garantia dos direitos individuais. Caso prestigiado, o cidadão terá convicção de que o ato administrativo é legítimo e perfeito”. (MOREIRA, 2007, p. 66).

Seguiremos a destacar as repercussões jurídicas do processo administrativo como garantia de direitos constitucionais.

### 2.3.1 Os Limites do Poder Disciplinar

Para o exercício regular e eficiente as atividades da Administração Pública, há inevitabilidade de adotar regras de conduta, e em decorrência destas aplicar punição ao agente faltoso. Egoberto Maia Luz destaca que “há uma necessidade imperiosa de ser adotada a mais desejável disciplina para corresponder com proveito a esse desenvolvimento constante e permanente da atividade burocrática oficial”. (1994, p. 69). Através do poder disciplinar a administração pública controla suas funções e a conduta interna de seus servidores, impondo punições para as faltas cometidas, “é uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que vinculam à administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento” (MEIRELLES, 2006, P.124).

A administração como responsável pela conveniência e oportunidade de punir o servidor, deve exercer este poder em benefício do serviço.

Luz (1994) afirma que o exercício deste *jus puniendi* “é o que decorre, mesmo em abstrato, o que podemos denominar pretensão punitiva do Estado” (p.69), e essa pretensão atua como uma verdadeira coação subjetiva de caráter genérico, tanto para o agente potencial do ilícito disciplinar, quanto para aquele servidor público que cometeu a infração estatutária.

O poder disciplinar é um atributo da administração pública, fundamentada em relação estatutária ou contratual, que é posta em prática para assegurar a ordem interna do serviço público, devendo ser exercido de acordo as normas e princípios a ele inerentes, dentre os quais os princípios da dignidade humana, da proporcionalidade, devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, que impõem limites aos abusos e perseguições de administradores inescrupulosos no uso do poder disciplinar da administração (COSTA, 2006).

Nesse sentido, Varoto (2010) destaca que é importante a administração ter um sistema que expresse a sua desaprovação em relação à conduta inadequada de seu agente, lhe aplicado uma sanção, representando assim uma punição em relação ao mal causado, mas nunca a vontade do particular do sancionador, desta forma, evitando revestir a sanção de sentimentalismo e arbítrio, que dista do justo. E completa:

“Destarte, não há dúvida quanto à origem do poder punitivo do Estado no que respeita a matéria disciplinar. O agente do poder público está sustentado na legalidade, mas se deve ater aos limites da lei, sob pena de esboroar-se toda a sua legalidade.

A vontade do Estado, em consequência, não pode permitir seus agentes de obrarem de modo arbitrário, sem limites, tentando justificar precária previsibilidade legal e na informalidade processual” (VAROTO, 2010, p.33)

O poder disciplinar abrange as infrações administrativas relacionadas com o serviço, por isso não se confunde com o poder punitivo penal do Estado que é exercido para a punição criminal, com finalidade social. Meirelles (2006) explica que a punição disciplinar e criminal possuem fundamentos distintos, bem como é distinta a natureza das penas, e por isso, há a possibilidade da aplicação conjunta das duas penalidades sem incorrer no chamado *bis in idem*, assim, determinada conduta do servidor público poderá ensejar em punição administrativa e punição na esfera penal, e afirma que toda condenação criminal por delito funcional será punida na esfera administrativa, mas nem toda punição disciplinar haverá condenação criminal.

José Armando da Costa (2006) ressalta que anteriormente quando as regras de direito eram esparsas em relação às questões disciplinares, era comum a tarefa técnico-científica de estabelecer as semelhanças do poder disciplinar com o poder penal, principalmente no uso da analogia *in bonam parte*, para proteger o servidor dos abusos e excessos que eram praticados em grande escala, dentre os doutrinadores que exerciam tal tarefa, o autor cita Francisco Campos, que define que o direito disciplinar possuía afinidades com o direito penal, e estabelecendo que “não há distinção ontológica entre o ilícito que é cominada uma pena criminal e o ilícito administrativo, sancionado mediante penalidade de caráter administrativo, sancionado mediante penalidade de caráter administrativo” (CAMPOS, 1958, p. 371, apud. COSTA, 2006, p.25)<sup>2</sup>. No entanto, tal tarefa tornou-se desnecessária pelo figurino democrático que se reveste pela imposição dos princípios constitucionais.

Sobre a distinção do direito administrativo sancionatório do direito penal, Bacellar (2012) revela que a questão é constitucional, pois “não haveria sentido na previsão constitucional de linhas gerais de um regime administrativo sancionatório se este não contasse com fundamentos diversos do direito penal”. (p.34). A distinção é evidenciada tanto no fundamento quanto na natureza das penalidades. Neste

---

<sup>2</sup> CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v.2

sentido, entendemos como o autor, que não há razão para haver um comparativo do direito administrativo, dada as diferenças na sua essência, principalmente em relação aos bens jurídicos protegidos em cada esfera.

No entanto, na ocorrência de crime contra a administração pública, deve-se atentar para a cláusula de reserva jurisdicional, aguardando a conclusão do processo penal para abertura do processo administrativo disciplinar, bem como esta decisão fica vinculada em relação ao conteúdo decidido pelo Poder Judiciário.

Devido falta de prévia definição da falta disciplinar e sua sanção, desta forma, a doutrina evidenciava que poder disciplinar tinha como característica a discricionariedade, no sentido que o administrador deverá avaliar criteriosamente a conduta praticada pelo servidor e aplicará a punição cabível, oportuna e conveniente, dentre às previstas em lei. Como trazia Hely Lopes Meirelles:

“A apuração regular da falta disciplinar é indispensável para a legalidade da punição interna da administração. O discricionarismo do poder disciplinar não vai a ponto de permitir que o superior hierárquico puna arbitrariamente o subordinado. Deverá, em primeiro lugar, apurar a falta, pelos meios legais compatíveis com a gravidade da pena a ser imposta, dando-se oportunidade de defesa ao acusado. Sem atendimento destes dois requisitos, a punição será arbitrária (e não discricionária), e, como tal, ilegítima e invalidável pelo judiciário”. (MEIRELLES, 1994, p.126)

No entanto, essa doutrina já foi superada, pois não há espaço para a discricionariedade na aplicação da punição disciplinar, na realidade, é ato vinculado à lei e tem caráter de poder-dever, haja vista que a não aplicação de punição disciplinar ao servidor infrator, configura crime de condescendência criminosa<sup>3</sup>, não havendo critérios de oportunidade e conveniência.

Para o exercício do Poder Disciplinar e aplicação da sanção administrativa é necessário, como todo ato administrativo, ser motivado, sob pena de ser

---

<sup>3</sup> O art. 320 do Código Penal prevê como crime de condescendência criminosa a conduta de “Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente” com pena de detenção de 15 dias a 1 mês, ou multa. Cezar Roberto Bitencourt (2012) orienta que o este crime trata-se de uma modalidade menos grave de prevaricação, provocado por condutas omissivas próprias, seja deixando de responsabilizar o funcionário subalterno faltoso, omitindo-se na apuração disciplinar, seja não levando ao conhecimento da autoridade competente. O Bem jurídico protegido neste crime é o da moralidade e probidade administrativa, bem como a integridade de seus funcionários.

considerada ilegal, podendo até mesmo ser resumida, mas não dispensada. “A motivação destina-se a evidenciar a conformação da pena com a falta e a permitir que se confira a todo tempo a realidade e a legitimidade dos atos ou fatos ensejadores da punição administrativa” (MEIRELLES, 1994, p.127).

Logo, a motivação para a aplicação da sanção administrativa não é somente requisito de validade do ato disciplinar, como também é direito do agente público acusado, para ciência e combate dos quesitos utilizados para avaliação da culpa do acusado e dosimetria da pena administrativa aplicada, e assim, oportunizar o exercício do direito de ampla defesa e contraditório.

### 2.3.2 A Garantia do Devido Processo Legal

A regra geral do processo administrativo disciplinar é inferida através da leitura do art. 5º inciso LV através do inciso LIV do mesmo artigo, é matriz dos demais princípios processuais constitucionais, que atribui uma estrutura de direitos e garantias fundamentais. (BACELLAR, 2012).

Claudio Roza (2003) nos ensina que o devido processo legal é o fundamento para aplicação das garantias do contraditório, ampla defesa e juiz natural, este no aspecto processual do princípio, por isso, há necessidade da exigência de um processo formal para que o Estado possa agir. Através deste processo que se proporciona o contraditório e ampla defesa para a tomada de decisões gravosas contra o servidor público.

Assim, o devido processo legal não pode ser separado do direito a ampla defesa e contraditório, pois o “direito ao serviço jurisdicional corretamente prestado e às oportunidades que o conjunto de normas processuais constitucionais oferece para a defesa judicial de direitos e interesses” (DINAMARCO, 2003, p, 128 apud. ROZA, 2003, p.101) <sup>4</sup>.

Roza apresenta um rol, não exauriente, de as garantias derivadas do devido processo legal no processo administrativo disciplinar:

---

<sup>4</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.128.



- “a) Direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação;
- b) Direito a um rápido e público julgamento;
- c) Direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação para comparecimento em juízo;
- d) Direito ao contraditório;
- e) Direito a não se ver processado por alegada infração a Leis posteriores ao fato;
- f) Direito à plena igualdade entre acusação e defesa;
- g) Direito contra a ilegalidade e medidas de busca e apreensão;
- h) Direito de não ser acusado com base em provas ilegalmente obtidas;
- i) Direito à assistência judiciária (inclusive gratuita); e
- j) Privilégio contra a auto-incriminação” (2003, p. 101)

A administração sempre deverá realizar os atos disciplinares seguindo o devido processo legal, mesmo se valendo dos meios sumários de apuração, que irá refletir na garantia do contraditório e ampla defesa, caso contrário estará a “produzir um processo totalmente desprovido de legalidade e, portanto, incapaz de produzir os resultados perseguidos”. (VAROTO, 2010, p.99).

O devido processo legal reflete na instrução de um processo justo, sobre o tema, Bacellar ainda assevera:

“O direito ao processo justo garante condições mínimas para a obtenção do escopo fundamental da ação e compreende: (a) o direito de ação paralelo ao direito de defesa (*parità delle armi*) para iguais chances de sucesso final (no processo administrativo tomará um sentido peculiar porque a administração tem o dever de agir); (b) a importância do direito à prova, uma vez que o direito de provar está compreendido no poder de agir, de usar todos os meios probatórios do sistema relevantes para demonstração do fato e da demanda, (c) inadmissibilidade de barreiras processuais que tornem excessivamente dificultoso ou impossível o concreto exercício dos poderes de agir”. (2012, p.66).

Desta forma, através do devido processo legal cria-se um ambiente garantista dos princípios constitucionais, notadamente da ampla defesa e do contraditório.

### 2.3.3 A Garantia da Ampla Defesa e Contraditório

A Constituição brasileira não somente prevê a necessidade do processo administrativo, como assegura que haja ampla defesa e contraditório, disposta no art. 5º LV CF, “assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e

aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa com meios e recursos inerentes”. No art. 41 § 1º, incisos II e III CF, há previsão ainda que o servidor público estável somente perderá o cargo nos casos de sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo ou após avaliação de desempenho, sendo em todos os casos assegurada ampla defesa.

Os princípios de ampla de defesa e contraditório mantém profunda interação, vindo a mesclar-se em muitos momentos. Medauar (2012) lista cinco desdobramentos vinculados diretamente à ampla defesa:

a) O caráter prévio da defesa, que reserva a anterioridade da defesa em relação ao ato disciplinar e deve existir em todas as apurações disciplinares, independente da conduta cometida, sua gravidade, e sua pena prevista em estatuto;

b) Direito de interpor recurso administrativo, respaldado no direito constitucional de petição, o administrado poderá interpor recurso contra decisão administrativo disciplinar;

c) Defesa técnica, consistindo na defesa realizada através de defensor profissional (advogado), com vistas à paridade de armas, plenitude do contraditório e conhecimento especializado do advogado.<sup>5</sup>

d) Direito de ser notificado, vinculado ao aspecto da informação geral, o acusado deve ser cientificado no início do Processo Disciplinar com a indicação de fatos e bases, deve ter acesso aos elementos de expediente, e ser cientificado anteriormente sobre medidas para a produção de provas,

e) Direito de requerer produção de provas, a solicitações do acusado devem ser realizadas e consideradas, não significando que ele poderá fazê-lo de forma abusiva, como forma de protelar ou tumultuar o Processo Disciplinar.

A ampla defesa é dada ao acusado em razão de sua dignidade de pessoa, sendo protegida pelo processo administrativo, independente de questões relacionadas às alegações ou porque o agente público é culpado. (ROZA, 2003).

O Direito à ampla defesa é a essência do Processo Administrativo Disciplinar, é a faculdade de ter ciência do processo, do fato que esta sendo acusado, rebatê-lo com a produção de provas, por isso não basta ouvir o acusado

---

<sup>5</sup> “Nos processos disciplinares de servidores se firmara entendimento no sentido da necessidade de defesa técnica, o que gerava para a Administração a obrigatoriedade de indicar advogado dativo para o servidor desassistido. Tal orientação se alterou com a Súmula Vinculante 05 do STF, que aboliu a exigência, tornando-se facultativa a defesa técnica: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição” (MEDAUAR, 2011, p.185)

em simples declaração, deve ser dada oportunidade dele apresentar defesa escrita, meio que terá mais liberdade para apresentar suas alegações e requerer as provas necessárias. O que não afasta o encarregado do processo disciplinar a buscar a verdade real dos fatos, se aprofundando na pesquisa do ocorrido. (LAZARINI, 2003).

O contraditório significa a possibilidade da ciência de todos os fatos, argumentos, documentos e outras provas pelo acusado, para então propiciar a reação, apresentando o seu ponto de vista (interpretação) ou seu próprio argumento. Com profunda inter-relação com o princípio da ampla defesa, o princípio do contraditório tem como base a informação necessária para reação do acusado. Para este princípio, Medauar (2012) apresenta três desdobramentos:

a) Informação Geral, consiste no direito do acusado obter conhecimento dos fatos que serviram de base para a instauração do processo disciplinar. Deste ponto, surge à necessidade da comunicação de todos os momentos do processo para o acusado e a vedação do uso de expedientes que não constam nos autos;

b) Ouvida de sujeitos ou audiência das partes, manifestada pela possibilidade de apresentar seu ponto de vista sobre fatos, documentos, argumentos e outras provas apresentados no processo disciplinar, além do direito paritário de propor provas, direito ver as provas feitas e apreciadas, e direito a prazo razoável para contrapor as provas existentes;

c) Motivação, como forma de verificar que o administrador efetivamente apreciou as provas obtidas, e o quanto aquela prova influenciou na decisão final, com isso, propicia a transparência administrativa, cumprimento à legalidade e facilita o controle das decisões administrativas.

Neste contexto, o estado deve examinar todos os argumentos do acusado e decidir motivadamente, pois seria inútil a garantia da ampla defesa se o agente examinador fosse autorizado a ignorar os argumentos apresentados pelo acusado, arriscando analisar somente argumentos improcedentes, e na prática seria o comprometimento da ampla defesa. “Recusar-se a responder as arguições formuladas em defesa do interesse do particular caracteriza ato arbitrário, compatível apenas com as concepções vigentes na época anterior ao Estado de Direito”. (JUSTEN FILHO, 2013, p. 376). A motivação não é mera indicação legal sobre a tarefa de decidir do administrador, consiste na indicação dos fundamentos de fato e direito para embasar a decisão.

Na atual conjuntura jurídica brasileira, não há como conceber um processo disciplinar sem garantir a ampla defesa e contraditório ao acusado, por mais contundente que seja as provas contra o agente público, deve haver espaço para discussão e elaboração de novas provas no sentido de mitigar a sua culpa, se não possível afasta-la ou justifica-la, tentará reduzir sua parcela de responsabilidade, o que resulta na amenização da pena imposta. Caso contrário estaríamos em afronta à Constituição, que poderia ser revista pela Administração ou ainda pelo Poder Judiciário.

## 2.4 O ILÍCITO, A SANÇÃO ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA TIPICIDADE

Muitos estatutos que dispõem sobre o regime jurídico disciplinar dos servidores públicos tomam por base para o cálculo da prescrição disciplinar a gravidade do ilícito funcional cometido e sua correspondente sanção disciplinar. Esse ilícito funcional, de acordo com Marçal Justen Filho “consiste na conduta reprovável, omissiva ou comissiva, praticada por servidor e infringente de dever jurídico a ele imposto por lei” (2013, p.1049). Reprovável porque é necessário haver esse elemento subjetivo, para determinar o dolo ou culpa. Omissiva ou Comissiva, pois a conduta ilícita deve ser praticada pelo servidor. Infringente de dever jurídico, visto que a ação ou omissão são reprováveis quando afetam um dever jurídico. E imposto por lei, uma vez que a lei deve descrever certa conduta como ilícita ou violadora do dever.

Seguindo orientação semelhante, Edemir Netto de Araújo (1986) explica que ilícito administrativo é “a ação ou omissão do homem, antijurídica, culpável e imputável a agente público, envolvendo responsabilidade e sanções de matéria administrativa” (p. 287). O autor divide os ilícitos administrativos em duas categorias, o ilícito administrativo puro, quando atenta contra a hierarquia ou disciplina, atentando contra a boa ordem do serviço público, e ilícito administrativo penal, cuja conduta é prevista também como ilícito penal. Para o ilícito administrativo penal haverá repercussão nas esferas penal e administrativa sem incorrer em *bis in idem*, e nesse sentido Varoto destaca que “o importante a considerar que o ilícito administrativo que também venha a ser tipificado como ilícito penal poderá produzir

efeitos em ambos os campos, sendo, inclusive, de obrigação da autoridade competente” (2010, p. 128).

A Sanção Administrativa é uma forma de defender a própria administração e busca o desenvolvimento correto de sua atividade, Justen Filho afirma que Sanção Administrativa “é uma punição consistente na restrição de direitos ou na ampliação de deveres, cominada em lei como decorrência da prática de infração funcional reprovável e imposta por meio de processo administrativo”. (2013, p. 1050). A sanção consiste no agravamento da situação jurídica do sujeito, com elevação dos deveres ou redução de direitos, devendo ser disposto em lei, seguindo o princípio da tipicidade, que indica os pressupostos para aplicação das punições previstas, pois seria inconstitucional a ausência de previsão. Deve haver vínculo de causalidade entre a conduta reprovável funcional e a sanção administrativa, sendo aplicada de forma proporcional. (JUSTEN FILHO, 2013)

Portanto, para a aplicação da punição disciplinar deverá haver previsão legal das condutas consideradas como ilícitos administrativos, das sanções a serem aplicadas, bem como dos pressupostos para aplicação destas punições. Esta previsão legal é premissa do Princípio da Tipicidade, como decorrência do Princípio da Legalidade, que “significa que a previsão normativa de sanções e infrações deve assumir um grau mínimo de precisão de modo a permitir aos interessados mensurar o tipo de comportamentos sancionáveis e as punições que estão sujeitos”. (DIAS, 1997, p.39, *apud* BACELLAR, 2012, p.179)<sup>6</sup>.

Bacellar (2012) nos ensina que o Princípio da reserva legal aplicado no Direito Penal estende ao direito administrativo sancionador, portanto, não há espaço para a atipicidade no Direito Administrativo Disciplinar. Por isso aponta críticas aos Estatutos que apresentam um rol de condutas tipificadas como ilícitas a partir de conceitos genéricos, ou ainda a abertura legislativa na aplicação da sanção. O autor determina que “qualquer escolha deixada ao administrador deve ser passível de verificação”. (p.183), desta forma, na elaboração legal sobre o regime disciplinar de servidores públicos deve ser observado o Princípio da Tipicidade.

---

<sup>6</sup> DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas aplicáveis a licitantes e contratados**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 39.

### 3 A PRESCRIÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O decurso do tempo é fato importante no Direito, por isso há vários institutos que disciplinam a influência do tempo sobre as relações jurídicas, dentre as quais está a prescrição.

O instituto da Prescrição foi concebido no Direito Romano, originado do termo *praescriptio*, que deriva do verbo *praescribere*. Em meados do ano 520, época que estava em vigor o sistema formulário, o pretor instituiu as ações temporárias, autorizado pela lei *Aebutia*, as quais deveriam ser exercitadas durante um determinado período de tempo. Nesta ação havia uma parte inicial, chamado *praescriptio*, que avaliava se já havido exaurido seu prazo, e em caso afirmativo determinava o juiz a absolvição do réu. (COSTA, 2006). Este instituto foi criado pelos Romanos no interesse de não manter a incerteza jurídica, bem como pela necessidade de estabelecer consequências desfavoráveis à inércia do titular do direito, pois o “juiz só entraria na apreciação do mérito se a *praescriptio* fosse considerada *inexata*”. (BATALHA, 1968, p.29).

O Direito Romano não regulava a prescrição extintiva no sentido moderno, mas com o passar do tempo, o instituto se modificou, hodiernamente, o instituto da prescrição pode ser encontrado nos mais diversos ramos de direito.

O instituto da prescrição admite um modo de aquisição de direitos e um modo de perda de direito, nominados respectivamente, prescrição aquisitiva e prescrição extintiva. Aquela somente se admite no direito civil, mais especificamente no campo dos direitos reais, considerada como modo de aquisição de propriedade pela usucapião. Já a prescrição extintiva reflete na perda do direito de ação em consequência pelo seu não exercício. (MARTINS & PASSOS, 1999). José Armando da Costa define neste mesmo sentido, como “uma extingente do direito de ação. Por este instituto, perde-se, de forma direta, o direito de ação, e por via oblíqua, o próprio direito que deveria ser postulado na ação” (COSTA, 2006, p. 44).

Wilson de Souza Campos Batalha também distingue as duas formas de prescrição asseverando: “A prescrição pode ser extintiva, quando acarreta a perda da faculdade, ou aquisitiva, quando a perda da faculdade de alguém se alia a aquisição do direito de outrem (usucapião)”. (1968, p. 916).

Neste ponto, o que interessa ao estudo da prescrição no processo administrativo disciplinar é o estudo da prescrição extintiva, pois a prescrição aquisitiva trata de tema referente à aquisição de bens no campo dos Direitos Reais no Direito Civil. Aqui fica claro que há certa diferença na aplicação da prescrição entre os ramos de direito público e privado, cujo contraste será mais detalhadamente versado no transcorrer deste trabalho.

Com a prescrição extintiva, se estabelece um limite temporal para um direito de ação, com objetivo de promover a tranquilidade da ordem jurídica e, portanto, funda-se no interesse social da estabilidade nas relações jurídicas, afastando a incertezas que a ordem jurídica condena. Desta forma, é imposto um termo fazendo o estado de incerteza cessar, no interesse superior da ordem pública. (VAROTO, 2010).

Celso Antonio Bandeira de Mello (2003) evidencia que no Direito Administrativo a prescrição se manifesta em formas diferentes: a Prescrição da pretensão do administrado a pleitear direito via administrativa, compreendendo os prazos para os administrados exercerem o direito a reclamação e interposição de recursos administrativos; a prescrição de ações judiciais do administrado contra o poder público; a Prescrição da possibilidade de a Administração prover ela própria, sobre certa específica situação; e a Prescrição das ações judiciais contra o administrado.

Varoto (2010) indica que há ainda a prescrição da pretensão punitiva do Estado na ocorrência de falta disciplinar, esta prescrição se manifesta devido à inércia da Administração para apurar as infrações administrativas cometidas por agentes públicos, que resulta na “perda da ação, atingindo, em consequência, de modo irremediável, o direito que lhe servia de fundamento. E, em face do caráter do instituto, fica o detentor do direito punitivo impedido de exercer sua pretensão executória” (p.155).

Nesse sentido, Silvio Rodrigues nos ensina que prescrição é definida como perda do direito de punir do Estado, constituindo em causa extintiva de punibilidade, e afirma que:

“a pretensão punitiva, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do indivíduo. Por isso o Estado estabelece critérios limitadores para o exercício do direito de punir, e, levando em consideração a gravidade da conduta delituosa e da sanção

correspondente, fixa o lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a sanção penal adequada” (1994, p.318).

Assim, o tempo também produz efeitos no campo do Direito Disciplinar, pois a falta de um agente público faz nascer para o Estado a pretensão punitiva administrativa, nos termos do regime disciplinar. “Todavia, pode essa punição prescrever, se a administração, dentro de certo lapso de tempo, não promover a responsabilização do servidor que cometeu a transgressão” (COSTA, 2009, p. 78). E Costa ainda completa:

“Se a finalidade primordial da responsabilização disciplinar é a promoção da ordem, da normalidade e do aperfeiçoamento funcional no âmbito das repartições públicas, para que, dentro de um clima apropriado, possa o Serviço Público atingir seus fins, não se justifica, a bem da verdade, que o servidor faltoso venha a ser punido depois de haver cometido, há bastante tempo, uma infração disciplinar” (2009, p. 78).

Esse fator tempo, no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar, serve como barreira contra a Administração, evitando a aplicação de sanções contra funcionário que cometeu falta administrativa prevista em Estatuto. (CRETELLA, 1999).

Esse também é o sentido apresentado no Manual de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria Geral da União:

“A Prescrição no Direito Disciplinar é um instituto jurídico que tem por finalidade delimitar um prazo durante o qual a Administração Pública pode punir um servidor, caso seja constatado que ele praticou um ilícito administrativo-disciplinar” (2013, p. 390).

No Processo Disciplinar, Egberto Maia Luz destaca a relevância do estudo da prescrição, afirmando:

“O problema ensejado pela prescrição é de extraordinária importância, não apenas porque ele envolve direito do Estado de exercer a sua sanção disciplinar, como, principalmente, porque deflui das mesmas considerações a atuação da defesa na persecução do que lhe é próprio, até esgotar, juridicamente, a esfera administrativa” (1994, p. 196).

E complementa que a importância deste instituto é negligenciada por muitas legislações, que não dispõem de um preciso enfoque para o tema ou ignorando a existência dos prazos prescricionais nos processos disciplinares. (LUZ, 1994).



Varoto (2010) alude que é pacífico entre os doutrinadores o conceito de prescrição, atrelando ao decurso do tempo e à necessidade de garantir o equilíbrio das relações jurídicas, e a sua verificação não depende de nenhuma condição particular do agente ou qualquer outra circunstância.

Bacellar (2009) conclui que tão significativo é o instituto da prescrição disciplinar para a tutela da segurança jurídica, que ele deve ser tratado como princípio constitucional, ligado ao Estado Democrático de Direito, pois “o direito não se compadece com a ideia de que se possa eternizar a possibilidade de sanção”. (p.57).

A prescrição da falta disciplinar se refere ao funcionário que cometeu ato ilícito, mas sua responsabilização não é promovida por certo lapso de tempo, trata-se da prescrição da pretensão punitiva, diverso da prescrição da pretensão executória, que ocorre quando o funcionário já fora processado, mas não foi executada a punição por certo tempo. No direito disciplinar brasileiro, há somente “prescrição da falta disciplinar; não havendo nenhum regime disciplinar, entre nós, que regulamente a prescrição da pena imposta, a menos que se pudesse aplicar, as disposições do Direito Penal” (COSTA, 2006, p. 77), mas essa prática não é bem aceita pelos administrativistas e pelos administradores públicos.

### 3.1 PRESCRIÇÃO OU DECADÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR?

Há bastante divergência entre os administrativistas em relação a qual instituto está se tratando quando ocorre o perecimento da pretensão punitiva disciplinar.

Embora as categorias assemelhadas prescrição, decadência, preclusão e perempção, ter o fator tempo como causa comum em suas ocorrências, devemos distingui-las para aplicação correta dos institutos extintivos.

Como primeira distinção, destacamos que a Preclusão e a perempção são matérias de direito processual, o que afasta as discussões acerca de sua aplicação como definição da perda do direito da punição disciplinar, a maior divergência

doutrinária é em relação à decadência e à prescrição, que são de direito material. (COSTA, 2006)

A Preclusão, de acordo com Costa (2006), trata-se da perda do exercício de um direito durante uma ação ajuizada, chamado também de preclusão de decadência especializada, pois “é a decadência do exercício de um direito cujo substrato é a ação judicial” (p. 45). Difere da prescrição devido o termo inicial sempre ocorrer após o processo e difere da decadência, pois nesta o que se perde é o direito material e na preclusão é o direito adjetivo. (BANDEIRA DE MELLO, 2003).

A Perempção ocorre pela inércia do autor durante a ação ajuizada, é o abandono da ação pelo autor. Costa (2006) explica que é causa que mata a ação. Esse instituto pode ser encontrado no processo penal na ação privada exclusiva, quando o “querelante deixa de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos (art. 60 do Código de Processo Penal). A perempção pode ocorrer também no campo do processo civil (CPC, art. 267)” (COSTA, 2006, p.45).

Afirma-se que a Decadência envolve a extinção do direito, consistindo na perda do direito pelo autor, em reflexo perde-se o direito de ação, já que não havendo direito não restará a ação que lhe é correspondente. Neste sentido, Orlando de Almeida Secco, assevera que também nominada caducidade, é “a perda de um direito em virtude do seu titular não o haver exercido no decurso de um prazo estipulado por lei para tal exercício. Assim, uma vez perdido o prazo, extinto estará o direito correspondente.” (1995, p. 185).

Em relação diferença entre à decadência e a prescrição, Ada Pellegrini Grinover (2005) reconhece que essa distinção possua desdobramentos relevantes, mas não é tarefa fácil. Costa (2006) ainda explica que um dos maiores erros dos operadores do direito ocorre na distinção entre a prescrição e a decadência, prática condenável, uma vez que seus efeitos são bem distintos.

Apesar de semelhanças quanto à causa que os origina pelo decurso de um determinado prazo fixado por lei, sem haver manifestação do titular de um direito, a prescrição e a decadência possuem diferentes efeitos.

Batalha (1968) explica que a tradicional diferenciação está no conceito, na qual a decadência envolve a extinção do direito e a prescrição extingue apenas a ação. A decadência visa o direito que nasceu com determinado prazo para ser exercido, mas seu titular não manifestou neste determinado período, e seu efeito reflete na caducidade deste direito. E a prescrição visa uma ação que não foi

proposta num determinado prazo pelo seu titular, e tem como efeito a extinção da ação.

De forma detalhada, José Armando da Costa apresenta as seguintes diferenciações entre a decadência e a prescrição:

- “a) A decadência aniquila diretamente o direito; a prescrição afeta, de imediato, a ação;
- b) O termo inicial do prazo de decadência é marcado pelo momento do nascimento do direito; ao passo que na prescrição o marco inicial é a violação do direito;
- c) O prazo decadencial não se interrompe nem se suspende; já a prescrição pode ser suspensa ou interrompida;
- d) A decadência independe, para a sua declaração, de manifestação do interessado, devendo ser decretada de ofício pelo juiz; enquanto que a prescrição desde que se trate de direito patrimonial (direito disponível), necessita de ser invocada pelo interessado para que possa ser apreciada pelo juiz;
- e) Como já referido acima, a decadência, extirpando o direito em sua substância, autoriza a reivindicação, caso tenha o sujeito ativo do prazo extintivo satisfeito a prestação que lhe competia; já a prescrição não reconhece o direito de repetição, pois, se o devedor satisfaz dívida prescrita, entende-se que ele renunciou aos efeitos da prescrição” (2006, p. 46)

Costa (2006) ainda afirma que dentre os autores que se posicionam que o prazo da pretensão punitiva administrativa é decadencial, está Mario Masagão, explicando que não há prescrição para a falta disciplinar, e também não existe ação para aplicação de punição disciplinar, o que realmente decai é o direito de aplicar a sanção pelo decurso do tempo. Costa lhe dá razão, pois a punição disciplinar não carece de ação, concretizando através do ato administrativo disciplinar, atividade que não necessita de atividade do Poder Judiciário, devido à auto-executoriedade da administração, e não havendo ação, não haverá perda do direito de ação, ou seja, não haveria possibilidade de se falar em prescrição.

Celso Antonio Bandeira de Mello é citado por Romeu Felipe Bacellar Filho (2012) também como defensor que o referido prazo é decadencial, alegando que a prescrição é a perda da ação judicial, como meio de defesa de uma pretensão jurídica, pelo fim do prazo para seu exercício, e a decadência é a “perda do próprio direito, em si mesmo, por não utilizá-lo no prazo previsto para seu exercício, que sucede quando a única forma de expressão do direito coincide conaturalmente com o direito a ação”. (BANDEIRA DE MELLO, 1991, p. 208 apud p.457)<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Regime Constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

De outro lado, a maioria da doutrina defende que o prazo é prescricional, assemelhando ao aplicado no Direito Penal, dentre eles está José Cretella Junior (1999), que aponta a possibilidade de suspensão e interrupção dos prazos, fato que não é possível na decadência. E ainda afirma que “chama-se prescrição, no sentido técnico que lhe dá o direito punitivo, penal e disciplinar, a extinção da iniciativa de punir, resultado da inércia, durante certo lapso de tempo, do poder público, na perseguição da infração ou na execução da sanção”. (1999, p. 92).

Esse entendimento que prevaleceu para o legislador da Lei nº 8.112/90, que disciplinou no seu art. 142 que a ação disciplinar sofrerá prescrição nos prazos determinados de acordo com a punição a ser aplicada, além de prever a possibilidade de suspensão e interrupção, ocorrência que a decadência não comporta.

Nesse sentido, Renato Luiz Mello Varoto reforça o entendimento em favor da prescrição disciplinar:

“Ao contrário da prescrição, na decadência o prazo não se suspende, correndo de forma ininterrupta desde o seu termo inicial. Além disso, a violação da norma determina, na prescrição, o início do prazo, enquanto na decadência começa a fluir do nascimento do direito. É importante não esquecer que no ilícito administrativo puro, segundo grande maioria dos estatutos, e no que lamentável, o prazo prescricional tem seu início marcado no conhecimento, pela autoridade, da violação da norma.” (VAROTO, 2010, p. 161).

Embora convencido que a consideração do prazo como prescricional não respeita a melhor doutrina, Costa pacifica o tema, afirmando que “é até mais cômodo e aconselhável como sendo de prescrição o prazo que libera o servidor imputado da punição disciplinar correspondente”. (2006, p.48). Isso porque na visão mais contemporânea de processo não se reduz somente ao praticado pelo Poder Judiciário, mas em todos os poderes, portanto, “não constitui despropósito jurídico a concepção do instituto da ação concebida na seara da processualística disciplinar. Integrando não o gênero processo judicial, e sim o processo administrativo” (2006, p. 48). Portanto, através deste entendimento, que inclui o processo na administração pública, com a prescrição disciplinar ocorre à perda da ação disciplinar, conseqüentemente o Estado não mais poderá punir o agente público que cometeu a infração administrativa.

### 3.2 NATUREZA JURÍDICA DA PRESCRIÇÃO DISCIPLINAR

A definição da natureza jurídica da prescrição disciplinar passa pela análise de sua aproximação com o Direito Civil e Direito Penal, para verificar se sua natureza é de índole pública ou privada.

No Direito Civil se dinamiza por meio de relações jurídicas horizontais, na qual há o princípio de igualdade das partes, orientado pela preponderância de interesses privados. A Prescrição definida pela “a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo”. (BEVILÁQUA, 1936, p. 428). Sendo três os fundamentos para a sua aplicação “(a) necessidade de delimitar um tempo de exigibilidade da obrigação, no interesse da ordem e da harmonia social; (b) a proteção do devedor; (c) a inércia do credor”. (CARVALHO SANTOS, 1937, p.185).

No entanto, neste ramo a prescrição poderá somente ser alegada pela parte interessada para ser apreciada pelo Juiz, tratando de direito disponível do indivíduo. Um exemplo disso é o não reconhecimento do direito de repetição, daquele que inadvertidamente paga dívida prescrita. (COSTA, 2006).

Já no Direito Penal Juarez Cirino (2011) assevera que “a prescrição determina a perda do direito de exercer a ação penal contra fatos puníveis, ou de executar a pena criminal aplicada contra autores de fatos puníveis, pelo decurso de tempo” (p. 402). E afirma que prescrição penal tem fundamento na dificuldade da prova do fato imputado ou na dissolução da necessidade de pena, o que confere à prescrição natureza processual, pelo impedimento da persecução e material, pela extinção da pena.

Neste mesmo sentido, Carvalho Filho (1944) destaca que da negligência punitiva do Estado não surge direito ao acusado, muito menos surge o direito à impunidade, desta forma, a prescrição surge para compatibilizar com a realidade dos fatos, e não como instrumento para a impunidade e estímulo para o cometimento de ilícitos. Ele surge devido o interesse da sociedade, e não do acusado, embora ele seja beneficiado. A prescrição é fundada no interesse social da estabilidade das relações jurídicas, desta forma, busca soluções definitivas às diversas situações contrárias ao direito. Como já comentado, a ordem jurídica condena o estabelecimento de uma situação de dúvida e incerteza por tempo indeterminado, e

por isso a prescrição impõe termo para cessar tal situação, afirmando os interesses superiores da ordem pública.

Necessário destacar ainda, que a prescrição penal tem alta carga pública se comparado com a prescrição civil, e por isso é indisponível, impedindo que o acusado abdique do benefício decorrente dos seus efeitos, negando espaço para a renúncia. Desta forma, a prescrição penal constitui matéria de ordem pública, devendo ser decretada de ofício ou por solicitação das partes, em qualquer fase do processo de acordo com o art. 61 do Código de Processo Penal.

José Armando da Costa (2006) analisando o instituto da prescrição civil e penal indica que a prescrição administrativa guarda mais semelhanças com o direito penal, pela pretensão punitiva do Estado em relação ao agente público. Evidente que “a índole pública não está na dependência que seja reconhecida a existência de absoluta afinidade entre os direitos disciplinar e penal” (COSTA, 2006, p.56), mas ambos os ramos buscam a realização da defesa social e a promoção da regularidade do serviço público. Tão forte indício desta similitude que em muitos estatutos remetem a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal.

De acordo com José Cretella Junior (1999), para o direito punitivo, seja penal ou administrativo, a prescrição é a extinção da iniciativa de punir, gerada pela inércia do Estado para a perseguição da infração ou execução da sanção, e ressalta que “o decurso do tempo é a barreira que se ergue contra a administração, que tem o poder-dever de aplicar sanções contra o funcionário que cometeu falta administrativa, capitulada no respectivo estatuto” (CRETELLA JR, 1999, p.92).

Cretella Jr. (1999) destaca ainda que, embora haja autonomia do direito disciplinar, há estreitas relações como direito penal, sendo que muitos institutos repercutem na esfera do direito administrativo, dentre os institutos está a prescrição, asseverando:

“Quer no âmbito do Direito penal, quer no campo do direito disciplinar, o tempo volta-se contra o detentor do *ius puniendi*, que perde o direito de agir, e conta a favor do funcionário, que se beneficia com o desaparecimento da ameaça potencial, *vis inquietativa* constantes, que o infligia” (CRETELLA, 1999, p.92).

Na prescrição disciplinar, assim como na prescrição penal, também há grande carga pública, e da mesma forma indisponível e irrenunciável, “uma vez ocorrida, deverá a administração ou o órgão judicante decretá-la de ofício, ainda que

o servidor se oponha a esse benefício” (COSTA, 2006, p.55). Há quem diga que, a indisponibilidade não se descaracteriza nem mesmo quando o servidor solicita que o processo siga até o final para provar sua inocência, para evitar registro infame em seus assentamentos funcionais.

Embora existam determinadas semelhanças entre o Direito Administrativo Disciplinar e o Direito Penal são ramos autônomos, assim como expressa Egoberito Maia Luz após compará-los:

“Muito Embora tenhamos demonstrado com letra e com espírito da lei o acompanhamento em perfeita sintonia da norma penal, ocorre no Direito Administrativo completa independência, salvo no que tange ao já mencionado princípio da absorção” (1994, p. 201).

E nesse sentido, demonstrando que é um erro de alguns doutrinadores o transplante dos institutos do Direito Penal no Processo Administrativo Disciplinar, Cretella completa:

“Erro elementar de método consiste em “transplantar”, pura e simplesmente, para o campo do direito disciplinar as noções cristalizadas e já tradicionais no campo do direito penal, adaptando institutos destes para a utilização no campo daquele” (1999, p. 93).

Desta forma, é interessante o estudo das semelhanças entre os institutos destes ramos, dentre os quais do instituto da prescrição - devido à indisponibilidade deste direito pelo acusado, o reconhecimento de ofício pela Administração Pública, o que reputa alta carga pública ao instituto - mas sempre mantendo a consciência de suas peculiaridades e autonomia.

### 3.3 PRINCÍPIO DA PRESCRITIBILIDADE DAS INFRAÇÕES DISCIPLINARES

A regra constitucional constante no art. 37 § 5º determina que “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, o que revela a opção do constituinte por indicar como regra que os ilícitos que causem prejuízo ao erário, praticados pelos agentes públicos são

prescritíveis. E mesmo em relação à ressalva sobre as ações de ressarcimento, Grinover (2005) afirma que seria simplório extrair desta regra constitucional que as ações de ressarcimento são imprescritíveis, pois isso seria contrário dos princípios gerais do instituto prescricional, e ainda, infringem os princípios basilares do Estado de Direito, da Segurança Jurídica e estabilidade das relações jurídicas. Desta forma, Grinover afirma que:

“é lícito concluir que a regra inserta no parágrafo 5º do art. 37 da Constituição Federal não estabelece uma taxativa imprescritibilidade em relação à pretensão de ressarcimento ao erário, estando também tal pretensão sujeita aos prazos prescricionais estatuídos no plano infraconstitucional.” (2005, p.47).

Esse é o mesmo entendimento de Emerson Gabardo (2009) que explica que a regra constitucional não expressa a imprescritibilidade das ações de ressarcimento, mas “refere-se apenas à impossibilidade de inclusão do prazo decadencial das ações de ressarcimento na mesma lei que estabelece o prazo relativo aos atos ilícitos” (p. 313).

Deste dispositivo constitucional podemos inferir que a prescritibilidade das infrações administrativas é regra no atual sistema normativo, a exceção é a imprescritibilidade, que à primeira vista se aplicaria somente para as ações de ressarcimento. No entanto, Bacellar defende que “essa disposição constitucional deve ser interpretada em conformidade com os demais princípios constitucionais, tais como o da segurança jurídica e o da ampla defesa” (2012, p.452), e afirma que há previsão Constitucional da prescritibilidade até mesmo para às ações de ressarcimento ao erário.

Desta forma, para as infrações disciplinares o instituto da prescrição deve ser considerado como Princípio Constitucional, isso porque no entendimento de Bacellar, “a lei Fundamental elevou, portanto, à garantia constitucional a prescritibilidade da pretensão punitiva da administração pública. A prescritibilidade da administração pública configura, assim, princípio constitucional expresso”. (2012, p. 453).

A jurisprudência também traz esse entendimento que não há espaço para a imprescritibilidade da ação disciplinar, conforme decisão do STF do Min. Moreira Alves:



“Se até as faltas mais graves – e, por isso mesmo, também definida como crimes – são, de modo genérico, suscetíveis de prescrição, no plano administrativo, não há como pretender-se que a imprescritibilidade continue a ser princípio geral, por corresponder ao escopo da sanção administrativa, ou seja, o interesse superior da boa ordem do serviço público” (RDA 135 apud CRETELLA, 1999, p. 112)

Seguindo semelhante posição, Varoto afirma que:

“É na doutrina pátria, uníssono o excepcional da imprescritibilidade. A regra é a de que a prescrição atinge a todas as ações e pretensões, sendo irrelevante tratar-se de direitos pessoais, reais, privados ou públicos. Reitere-se considerar a imprescritibilidade não pode ser havida como regra” (2010, p.161).

Mesmo havendo omissão da legislação infraconstitucional em relação aos prazos prescricionais, “jamais poderá conduzir à imprescritibilidade, devendo o intérprete, neste caso, lançar mão da analogia” (BACELLAR, 2009, p.57), isso porque esta lacuna deve ser solucionada com base no princípio constitucional da prescritibilidade.

Para o Processo Administrativo Disciplinar aplicado aos servidores civis esta analogia não é necessária, pois a Lei nº 8.112/90 trouxe de forma expressa a previsão dos prazos aplicados:

“Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:  
I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;  
II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;  
III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.”

Em relação aos ilícitos administrativos penais, aquelas infrações disciplinares que também se configuram como crime, a legislação prevê no art. 142 § 2º que se aplicam os prazos de prescrição previstos na lei penal. Ocorre ainda, que nos estatutos que omitem a previsão de tal prazo, há aplicação por analogia da legislação federal.

José Armando da Costa (2006) infere que além de conferir a certeza e a estabilidade das relações jurídicas entre a Administração e o seu funcionário, de modo que ele não fique intranquilo pelo resto de sua vida funcional, proporcionando-lhe segurança jurídica, a prescrição propõe a forçar os dirigentes públicos “para que responsabilizem o mais rápido possível o servidor faltoso, a fim de que a regularidade volte logo ao seu leito de normalidade” (p. 245) e a “desencorajar a

negligência dos chefes hierárquicos, com vistas a tornar o serviço público o mais eficiente possível". (p. 245).

Como princípio constitucional, a prescritibilidade das infrações disciplinares reveste de alta carga pública, que resulta na sua indisponibilidade, o que impede o agente público de abdicar do benefício deste instituto. Assim como no Processo Penal, a prescrição constituindo matéria de ordem pública e irrenunciável deve ser decretada de ofício em qualquer fase do processo disciplinar. Nesse sentido Costa assevera:

"a prescrição disciplinar é, também, dotada de substancial carga pública. Não podendo, portanto, ficar na esfera de disponibilidade do servidor imputado. Em outras palavras, a prescrição disciplinar, como ocorre na relação à pena, é indisponível e irrenunciável. Uma vez ocorrida, deverá a administração ou órgão julgante decretá-la de ofício, ainda que o servidor imputado se oponha a esse benefício". (2006, p. 55)

A única exceção que se faz a esta indisponibilidade é feita em relação àquele servidor que em sua consciência inocente das acusações, requeira o seguimento do processo disciplinar para que não haja indicação infame em seus assentamentos funcionais, como efeito da extinção da punibilidade pela prescrição, como disposto no art. 170 da Lei nº 8.112/90.

Portanto, o instituto da prescrição não visa premiar o agente que comete ilícitos administrativos, mas busca instrumentalizar a administração pública para evitar os efeitos dos desvios de conduta, através da aplicação das sanções administrativas dentro de certo prazo atendendo os objetivos da punição. E de outro lado garante segurança das relações jurídicas entre a administração e o agente público, haja vista que o fator tempo prejudica a ampla defesa.

#### **4 A APLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO NO PROCESSO DISCIPLINAR**

Como vimos, a responsabilização disciplinar tem como finalidade principal a regularidade, ordem e normalidade nas repartições públicas, resultando em maior eficiência do serviço público. Por isso, não há justificativa para a aplicação da punição disciplinar do agente público após ter passado um razoável tempo do ato de indisciplina, arriscando não produzir os efeitos esperados, como a correção de atitudes e demonstração para o público interno e externo que a Administração está atenta aos desvios de conduta de seus servidores. Assim, a doutrina mais moderna aponta como regra a prescritibilidade das sanções disciplinares, pois a objetividade jurídica das punições disciplinares, “não se coaduna com a idéia de que deva a responsabilização ser efetivada a qualquer momento” (COSTA, 2006, p. 80).

Hodiernamente, embora haja previsão constitucional da prescrição da infração administrativa, revestindo o tema como princípio constitucional, a aplicação deste instituto deve ser analisada caso a caso, pois a legislação infraconstitucional não possui uma voz uníssona sobre o tema, revelando uma gama enorme de legislações que regem os mais variados cargos públicos, nos diversos planos.

Desta forma, é necessário ter ciência da Lei de regência da prescrição em determinado caso concreto, e nesse passo, surgem novas questões referentes a conflito de leis no tempo. A prescrição é matéria de direito substantivo e não está sujeita ao princípio da imediatidade, deste modo, rege-se pela lei que estava em vigor na época do cometimento da infração administrativa, diverso das normas de matéria processual em que se aplica desde logo, sem prejuízo dos atos já praticados. Somente será aplicada nova legislação caso seja mais benéfica ao servidor acusado, como ocorre em relação à prescrição penal. Nesse sentido, Costa, define como benignidade da lei “como sendo aquela vantagem que, por qualquer prisma, beneficia a situação do acusado. Tanto porque diminui o lapso temporal, quanto porque torna mais favoráveis as condições antepostas à prescrição”. (2006, p. 60).

Após análise sobre qual a lei de regência para a aplicação da prescrição em um dado caso, é possível determinar as questões referentes ao termo inicial do prazo, as causas suspensivas e interruptivas, as modalidades de prescrição

previstas, a operacionalização da prescrição nas faltas disciplinares capitulas também como crime, e os efeitos da prescrição disciplinar.

#### 4.1 TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DISCIPLINAR

Como visto, por tratar de matéria de ordem pública e segurança jurídica, e desta maneira se configurando como princípio constitucional, a legislação infraconstitucional deverá indicar expressamente o prazo prescricional das faltas disciplinares. Egoberto Maia Luz (1994) explica que não é possível haver ilícitos administrativos imprescritíveis, bem como a legislação deverá ser expressa nesse sentido, asseverando que:

“Não apresenta nenhuma consistência jurídica o argumento da imprescritibilidade de determinados ilícitos administrativos, pois isto é mera tergiversação das expressões legais, que apresentam a fatalidade do prazo e as normas devem ficar expressas convenientemente.” (LUZ, 1994, p. 200).

Um dos grandes problemas relacionados à prescrição aplicada no processo administrativo disciplinar é a definição do prazo em que ela ocorre, pois que nem sempre há expressa previsão legal. “Além da dificuldade de estabelecer o prazo da prescrição, a questão assume maior complexidade diante da obscuridade que, em geral, define o dia do início de tal prazo”. (VAROTO, 2010, p. 167).

A prescrição não é matéria relacionada a princípios gerais, desta maneira, fica submissa a entendimento de cada legislação. Reforçamos que a Lei 8.112/90 (Lei que institui o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Federais) prevê expressamente em seu art. 142 os prazos prescricionais, não havendo previsão de ilícitos imprescritíveis.

No entanto, caso haja omissão legislativa a jurisprudência tem sido suprida aplicação subsidiária da Lei nº 8.112/90, que prevê prazo de prescrição de no máximo cinco anos, para não permanecer a imprescritibilidade, nesse sentido, Varoto explica que no Brasil “tem-se definido que todo o direito contra a

Administração, na inexistência de dispositivo expresso, prescreverá em cinco anos” (2010, p. 167).

Esse também é o entendimento de Bacellar que afirma:

“Se a prescritibilidade da pretensão punitiva da administração pública consubstancia princípio constitucional expresso, a inexistência de lei versando sobre o prazo prescricional jamais poderá levar à imprescritibilidade, devendo o interprete socorrer-se da analogia para colmatar eventuais lacunas” (2012, p.454).

O autor ainda completa que a analogia não deve ser utilizada para impor a imprescritibilidade: “Vedada, portanto, a criação de situações de imprescritibilidade mediante a analogia” (BACELLAR, 2012, p. 454).

Quando ocorre a ausência da previsão legal da data de início do prazo prescricional, poderá ser solucionado pela aplicação subsidiária da Lei nº 8.112/90. Nesta linha de raciocínio, foi a Decisão do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança RMS 26548 PR 2008/0058055-5 decidida pelo STJ, devido à ausência de previsão do *Dies a quo* no Código de Organização Judiciária Paranaense, o que poderia causar a imprescritibilidade, optou-se por utilizar a analogia da previsão prescricional da Lei 8.112/90, conforme abaixo:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TABELIÃO. PENA DISCIPLINAR DE REPREENSÃO. CÓDIGO DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA PARANAENSE QUE, À ÉPOCA DOS FATOS, NÃO DISCORRIA ACERCA DO TERMO A QUO DO PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO DE PUNIR. SUPRIMENTO DA LACUNA COM A LEI N.8.112/90. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

(...)

2. A aplicação subsidiária do Código Penal na omissão do Código de Organização Judiciária paranaense é defesa quanto à discussão do termo inicial da prescrição da pretensão punitiva, porque os institutos do Direito Penal e do Direito Administrativo são interdependentes entre si e só admitem a integração pretendida pelo recorrente na hipótese de o ato punível na esfera administrativa disciplinar também constituir conduta tipificada na Lei Penal. Precedente: MS 21705-SC, Relator Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 16 de abril de 1996.

(...)

4. O silêncio do Código de Organização Judiciária paranaense acerca do termo a quo do prazo prescricional da pretensão punitiva por infração disciplinar impõe a aplicação subsidiária da Lei n. 8.112/90, porquanto essa legislação trata dos servidores públicos federais e é a que mais se aproxima da seara fática dos autos, a despeito de o requerente não ser servidor público e ser regido por Lei paranaense. Precedentes: RMS 13.439/MG, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 29 de março de 2004; e RMS 20.481/MT, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 11 de setembro de 2006.

(...)

Situação emblemática na aplicação da prescrição administrativa está centrada no termo inicial do prazo prescricional, também denominada *dies a quo*, tendo em vista a sua importância prática, bem como devido a falhas na definição nos regimes jurídicos, pois dependendo da previsão legal poderá criar situações em que haverá a consolidação da imprescritibilidade e sua consequente insegurança jurídica.

De acordo com Varoto, no *Dies a quo* “reside, para exame do instituto da prescrição no processo administrativo disciplinar, o *punctum saliens* ao entendimento do critério a ser seguido na definição do termo inicial da prescrição” (2010, p.183).

Os regimes disciplinares apresentam três sistemas que orientam o termo inicial do prazo prescricional: o momento da consumação da infração administrativa; o momento de conhecimento da infração; e o misto. No primeiro sistema a prescrição corre a partir do dia que houve a consumação da falta. O segundo sistema tem como início da prescrição o conhecimento da falta pela autoridade administrativa. E o sistema misto adota forma híbrida, que impõe, de forma geral, o marco inicial da prescrição a partir da consumação do fato, no entanto para aquelas infrações cuja natureza impeça o conhecimento imediato de sua ocorrência, somente terá seu prazo iniciado a partir da ciência da autoridade. (COSTA, 2009).

A Lei nº 8.112/90 traz a previsão em seu art. 142 § 1º que “o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido”, desta forma, adota o sistema de início de contagem prescricional, a data que a Administração Pública teve conhecimento Oficial do fato.

Exemplo de sistema misto de prescrição administrativa é o adotado no Regime Jurídico dos Policiais Federais, previsto no Decreto nº 59.310/66 que determina:

“Art. 391. O prazo de prescrição contar-se-á da data em que a transgressão se consumou.

§ 1º Nos casos de transgressões permanentes ou continuadas, o prazo de prescrição contar-se-á do dia em que cessou a permanência ou a continuação.

§ 2º Quando ocorrerem comprovadamente circunstâncias que impeçam o imediato conhecimento, pela autoridade competente, da existência da transgressão, o termo inicial da prescrição será o dia em que a autoridade dela tomar conhecimento.”

Portanto, neste regime jurídico, tem-se o início do prazo prescricional na data que consumação do ilícito administrativo, mas naquelas infrações que devido sua natureza não é possível ser conhecido imediatamente, terá seu termo inicial a data que a Administração tiver conhecimento do fato.

Para a abertura de processo administrativo disciplinar não há necessidade de prova cabal da ocorrência de falta disciplinar, bastando que existam inidôneos indícios de ter havido a infração. Desta forma, quando há acesso aos indícios da falta administrativa, não há razão para a administração indicar que não houve conhecimento do fato, para inibir o início do prazo prescricional. Assim:

“Conclui-se que, desde que haja acessibilidade dos indícios da infração, por qualquer que sejam os meios e os modos, não é dada à administração ensanchar nem razão para alegar que não teve conhecimento do fato e que por isso não se tenha iniciado o prazo da prescrição” (COSTA, 2009, p. 112).

O Conhecimento pela administração, para início do prazo da prescrição disciplinar, é referente à informação à autoridade competente para abertura do processo administrativo disciplinar. “A prescrição disciplinar já começa a correr desde o dia desse conhecimento, em virtude de que o caso, uma vez exteriorizado, tornou-se acessível à autoridade hierárquica competente”. (COSTA, 2009, p. 113).

A polêmica doutrinária acerca do tema circunda na imprescritibilidade criada nos regimes jurídicos que adotam o sistema de início do prazo prescricional a “data do conhecimento do fato”, pois surgem várias dúvidas se a administração ainda estaria apta a produzir efeitos negativos contra o agente público, referente a casos que esse conhecimento se der após cinco, dez, vinte anos.

Essa controvérsia também paira nos bastidores da Ordem dos Advogados do Brasil, com a publicação da Súmula nº 01/2011, que definiu como termo inicial para a contagem do prazo prescricional, na hipótese de processo administrativo decorrente de representação, a data da constatação oficial do fato pela OAB. Sendo essa constatação decorrente de protocolo de constatação ou data das declarações do interessado. Fato que trouxe insegurança jurídica ao Advogado.

Sobre essa imprescritibilidade Cretella Júnior expõe que:

“A prevalecer a tese da imprescritibilidade (ou da prescrição a partir da ciência do fato pela autoridade administrativa) poderia delinear-se situação como a seguinte: já que a ciência do fato pode dar-se a qualquer tempo,

ocorreria eventualmente hipótese de punição tardia aplicada a funcionário desligado a muito tempo do serviço público, em virtude de sua aposentadoria, dispensa, exoneração ou disponibilidade” (CRETELLA JR, 1999, p.95)

A discussão que Cretella Jr. (1999) está centralizada no termo de início da prescrição que em muitos estatutos contemplam como a data de ciência do fato, que torna a infração administrativa imprescritível. O autor ainda recomenda que os Estatutos que adotam tal regra devem abandoná-la devido o flagrante descumprimento das regras gerais de direito, que envolve a regra da prescritibilidade, característica inerente do direito de punir.

Varoto explica que “percebe-se, no Brasil, ainda que timidamente, um movimento doutrinário-jurisprudencial no sentido de ver na data do ilícito o melhor marco a definir o início do prazo de prescrição”. (2010, p.188).

Parte da doutrina defende que o critério do “conhecimento do fato pela autoridade competente” é para salvaguardar o interesse público em determinadas infrações disciplinares que esquivam do conhecimento da administração pública, mas deve-se avançar nesse entendimento para não haver atos disciplinares assíncronos, infringindo direitos à segurança jurídica do agente público.

## 4.2 SUSPENSÃO E INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO

Uma das características da prescrição é a possibilidade de suspensão e interrupção do prazo, caso que não ocorre na Decadência. A interrupção da prescrição ocorre nas hipóteses previstas em lei, cancelando o prazo já decorrido, e inicia novo prazo prescricional por inteiro, a contar do dia da interrupção. A Interrupção da Prescrição “é a eliminação que se faz do tempo que já se passou, reiniciando uma nova contagem de tempo a partir do momento interruptivo” (COSTA, 2006, p.97).

Já suspensão, também deve ser prevista em lei, impede o curso prescricional, mas resolvido a causa de suspensão, o prazo segue a correr pelo tempo restante. De acordo com José Armando da Costa suspensão prescricional:



“é o colapso provisório da fluência do prazo prescricional em razão de fato ou circunstância que lhe deu causa. Prazo esse que terá continuidade tão logo desapareça esse fato ou circunstância que ensejou tal parada, somando-se os dois períodos, os lapsos ocorridos antes e depois do surgimento da circunstância suspensiva da prescrição” (COSTA, 2006, p.96).

Frise-se que essas possibilidades devem ter expressa previsão legal, como nos ensina Bacellar:

“Diante do princípio constitucional da prescribibilidade da pretensão punitiva da administração pública, deve privilegiar-se a interpretação segundo a qual as hipóteses excepcionais de interrupção e suspensão dependem de específica previsão legal para serem aplicadas”. (2012, p. 459)

A lei nº 8.112/90 prevê em seu art. 142 § 3º que a prescrição é interrompida quando ocorre a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar permanecendo nesta situação até a decisão final proferida por autoridade competente, e no parágrafo seguinte dita que a partir do dia que cessar a interrupção o prazo começará a correr novamente por inteiro.

O Manual de PAD da CGU traz que não é qualquer procedimento que interrompe a prescrição, somente ocorre essa interrupção com a abertura de procedimentos com contraditório, como podemos ver abaixo:

“tem-se que o prazo prescricional é interrompido com a publicação da portaria que determina a instauração de procedimento disciplinar com contraditório. Procedimento prévio, instaurado para levantar maiores indícios quanto à autoria e materialidade, não tem a capacidade de interromper esse prazo. Nem mesmo a sindicância investigativa, que se assemelha ao inquérito policial - no sentido de não oportunizar o contraditório - interrompe a prescrição. Somente procedimentos disciplinares com contraditório a interrompem” (2013, p. 399).

O prazo previsto nesta carta legislativa é de 60 (sessenta) dias para a conclusão do processo administrativo disciplinar, prorrogáveis pelo mesmo prazo, e o prazo para julgamento é de 20 (vinte) dias a partir da conclusão do processo, o que totaliza o prazo de máximo para interrupção 140 (cento e quarenta) dias. Com este mesmo cálculo, somando o prazo normal, a prorrogação, e o julgamento, perfaz prazo máximo de 65 (sessenta e cinco) dias para o procedimento disciplinar sumário e 80 (oitenta) dias para a sindicância.

A noção destes prazos máximos é importante, pois suscita dúvidas sobre o que ocorre caso haja um extrapolamento pela administração pública. Isso ocorre porque a interrupção prescricional nos processos disciplinares não ocorre de forma simples, como no exemplo da Lei nº 8.112/90, quando ocorre a interrupção, verifica-se também a suspensão do tempo, admitindo a recontagem do prazo após a decisão final da autoridade competente. Nesse sentido, Costa afirma que no processo administrativo disciplinar previsto na Lei 8.112/90 confere causa interruptiva híbrida, pois “como se vê, nessa lei específica, a interrupção prescricional adquire híbrida função: interrompe e, ao mesmo tempo, suspende o prazo da prescrição disciplinar”. (2006, p. 102). E o autor completa que “a circunstância ontologicamente interruptiva é dotada de uma projeção temporal instantânea; ao passo que a materialmente suspensiva se protraí numa constância de tempo, a qual poderá ser; ou não duradoura”. (2006, p. 101).

No entanto, o princípio da oficialidade garante o regular andamento do processo, esse princípio evita que haja dilações temporais indevidas, por isso, os estatutos jurídicos impõem prazos para instrução do processo administrativo disciplinar. Apesar do extrapolamento do prazo não impor nulidade do processo, pois são prazos impróprios, devem surtir efeitos sobre a interrupção do prazo prescricional. Não há motivo para haver processos com prazos infundáveis baseados na previsão de interrupção prescricional pela abertura do processo disciplinar, isso seria até mesmo um instrumento para atormentar a vida funcional do agente público, objetivo aquém do interesse público. Nesse sentido Bacellar afirma que “um processo que perdura por longo tempo transforma-se num cómodo instrumento de ameaça e pressão, formidável arma nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição” (2012, p. 459).

Costa defende que deve haver limites nos casos de extrapolamento dos prazos legais destes procedimentos apuratórios que resultariam na cassação da eficácia suspensiva, afirmando que:

“não fossem tais limites, as funções fundamentais do Direito Disciplinar – promoção da regularidade e do aperfeiçoamento do serviço público, a reeducação do servidor imputado ou a neutralização dos mefícios em desfavor da repartição pública (nos casos de demissão, por exemplo), e mais o estabelecimento dos princípios da certeza e da segurança jurídica, dentre outros aspectos mais – quedariam à mercê dos caprichos arbitrários do administrador público”. (2006, p. 103)

Está consolidado na jurisprudência, do STF e STJ, que ao final do prazo legal para término do processo administrativo, reinicia o prazo prescricional independente do estágio em que esteja isso deve ocorrer porque a instauração do processo administrativo não deve interromper eternamente o prazo prescricional, pois se fosse permitido “não haveria proteção alguma à segurança e estabilidade das relações jurídicas. Como na tese da imprescritibilidade, o temor da sanção pairaria indefinidamente, sobre o infrator da norma”. (BACELLAR, 2009, p.59).

#### 4.3 PRESCRIÇÃO DISCIPLINAR REGIDA PELA LEI PENAL

Muitos estatutos determinam que as faltas disciplinares havidas também como crime tem prescrição regidas pela previsão criminal. Dentre estes estatutos a Lei 8.112/90 prevê no art. 142 § 2º que “Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime”.

Através desta divisão entre os ilícitos administrativos, podemos classificar aqueles ilícitos administrativos penais (falta-crime) e os ilícitos administrativos puros, este é apurado e julgado na esfera administrativa, que é caracterizado pela quebra do dever funcional, o desrespeito à hierarquia e a perturbação ao serviço público, e aquele que ocorre quando a infração dos deveres funcionais também se configura como crime, podendo haver responsabilidade nas duas esferas sem incorrer em *non bis in idem*.

Varoto (2010) explica que apesar de não haver referência nesses estatutos sobre a falta-contravenção, há entendimento consensual que a expressão crime utilizadas nos estatutos também envolve as contravenções penais, como consta na Lei nº 8.112/90, que considera a responsabilidade penal os crimes e contravenções.

Para estes estatutos, portanto, prevalece a previsão da prescrição criminal constante no art. 109 do Código Penal, independentemente do ilícito disciplinar ser sancionado com demissão, suspensão ou advertência, que determina o seguinte:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:  
I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;  
II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

- III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;
- IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;
- V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;
- VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Podemos verificar que pela regra do art. 109 do Código Penal, o cálculo da prescrição penal e conseqüentemente da prescrição administrativa, tem por base a pena máxima cominada. Todavia, se já houver julgamento em alguma instância criminal, é possível que já tenha se pronunciado de modo definitivo sobre o ilícito, bem como a respeito do resultado na aplicação de uma pena para o infrator, neste caso, é utilizada a pena *in concreto* para o cálculo da prescrição disciplinar, seguindo o constante no art. 110 do Código Penal:

“Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.”

Inicialmente o assunto parece simples, verificando que é falta disciplinar que também configura crime, tem sua prescrição regida pelo prazo previsto no art. 109 CP, de acordo com a cominação máxima da pena para o crime em comento ou pela pena *in concreto*, nas ações julgadas em primeira instância com pena transitada em julgado pela acusação. No entanto, há necessidade de fazermos algumas ponderações.

As esferas penal, civil e administrativa são autônomas e independentes, não podendo uma subordinar-se a outra, a exceção se faz nos dispositivos art. 65 e 66 do CPP, 935 do CC e art. 126 da lei 8.112/90. Assim, em relação às infrações disciplinares havidas também como crime, é dominante o entendimento na doutrina e na jurisprudência que a esfera penal tem repercussão, isso ocorre porque o princípio da ordem pública é mais forte e presente no campo penal, pois as consequências desta instância são mais gravosas, merecendo maior rigor em matéria de prova. Há quem defenda que essa supremacia penal deve por conta do caráter lógico e sistemático da ordem jurídica, resultando em decisões no mesmo sentido. Fruto desta preponderância penal, os estatutos punitivos preveem que havendo absolvição pela inexistência do fato ou a não autoria impõe uma preponderância da decisão penal sobre as demais esferas, como previsto no art.

126 da Lei 8.112/90, o que exclui os casos de absolvição por falta de provas extinção da punibilidade pela prescrição. (COSTA, 2006)

Bacellar (2009) critica a diferença de tratamento em relação às sentenças absolutórias, reputando como uma criação de hierarquia não autorizada, e assevera que é incompreensível a posição firmada sobre essas discriminações e às reputam como inconstitucionais isso porque nestes casos não há pena, nem sentença criminal alguma.

Neste mesmo sentido Costa (2006), explica que ocorre esse fato quando há extinção da punibilidade da pretensão punitiva penal pela prescrição retroativa, que toma por base o cálculo prescricional a partir da pena em concreto na sentença de primeiro grau de jurisdição, quando há o trânsito em julgado para a acusação, pois nestes casos, há indicação da autoria e culpabilidade do agente público como culpado, mas somente em uma instância, e ainda que o acusado queira provar sua inocência por via recursal, não lhe é permitido, devido seu grande teor público. O correto nestes casos é não haver punição residual ao servidor.

Outro fato que nos chama a atenção é que em alguns estatutos disciplinares, a diferença de tratamento prescricional em relação aos ilícitos administrativos puros e aos ilícitos administrativos penais cria uma dissintonia, pois a falta-crime tem contagem prescricional a partir da data do fato, e nos demais casos o lapso prescricional conta-se do momento em que a falta torna-se conhecida pela autoridade competente para instaurar o processo administrativo, o que poderia criar o paradoxo de punir “com maior vigor o servidor que comete mera falta administrativa, favorecendo aquele que venha a cometer crime” (VAROTO, 2011, p.184), devido a grande possibilidade de ocorrer a extinção da penalidade administrativa pela prescrição da falta-crime.

#### 4.4 O EFEITO DA PRESCRIÇÃO

Verificando que houve a prescrição administrativa ocorre a extinção da punibilidade, e nesse sentido, o Estado perde sua pretensão punitiva de aplicar sanção administrativa contra o agente público apontado com autor da falta disciplinar, Cretella nos ensina que “a prescrição atinge o ius puniendi do Estado,

antes da condenação, obstando o processo, ou depois da condenação, impedindo a execução da pena. Em ambas as possibilidades ocorre a extinção da punibilidade do fato”. (1999, p. 92).

Tratando de matéria de Ordem Pública, a qualquer tempo a prescrição poderá ser arguida pela parte interessada, compreendendo uma das teses que a defesa poderá utilizar no processo administrativo disciplinar ou ainda em sua revisão, como E. Maia Luz afirma: “Resta, apenas, consignarmos que a prescrição ao ser constatada, pode ser definida ex officio, bem como constituir legítima formulação da defesa” (LUZ, 1994, p. 200).

Na prática, quando a defesa indica a ocorrência da prescrição da falta disciplinar, antes da indicição do acusado, a comissão encarregada pelo processo administrativo disciplinar, deverá se reconhecer a procedência, concluir os autos e remeter à autoridade julgadora, e este, por sua vez, deverá julgar antecipadamente a questão, arquivando o processo. Caso entenda improcedente a alegativa da prescrição, a autoridade determinará o retorno dos autos para o devido prosseguimento pelo prazo restante.

Quando a comissão reconhece unilateralmente a ocorrência da prescrição, sem haver arguição da defesa, não poderá submeter a situação para ser decidida preliminarmente pela autoridade julgadora, sob pena de cercear possibilidade de defesa das acusações pelo servidor público, como Costa afirma: “haveria a subtração da oportunidade processual de o acusado demonstrar a sua inocência, se fosse realmente a sua situação” (1984, p. 118), o autor ainda completa que “tal julgamento precipitado firmaria, por antecipação, o pressuposto de que o funcionário acusado seria culpado” (1984, p. 118). Portanto, não havendo alegação da defesa sobre a ocorrência da prescrição o processo corre normalmente, podendo ao final na fase de julgamento ser reconhecida a extinção da punibilidade administrativa.

O manual de PAD da CGU também orienta neste sentido, determinando que “no silêncio da lei, o entendimento que predomina na doutrina é o de que, mesmo com a ocorrência da prescrição, a Administração permanece com o dever de investigar e esclarecer os fatos” (2013, p. 417). Isso porque a apuração não tem como única justificativa a aplicação de penalidade funcional.

O art. 170 da Lei 8.112/90 determina que “extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora determinará o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor”, desta forma, mesmo havendo a perda da pretensão punitiva

não impede que haja indicação da ocorrência do fato imputado nos assentamentos funcionais do servidor público. Para evitar tal anotação, o servidor poderá solicitar o prosseguimento do processo administrativo disciplinar para que, em via reflexiva, venha a provar sua inocência. Neste ponto, Costa (2006) indica que o aspecto da ordem pública da prescrição disciplinar, que não comportaria dilação processual, por ser indisponível, cede espaço para os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. O autor vai além inferindo que para haver qualquer indicação nos assentos funcionais deve preceder de processo administrativo, pois há prejuízo ao servidor ter indicação infamante em sua ficha, desta forma:

“a punição alcançada pela prescrição somente poderá ser registrada nos assentamentos individuais do servidor quando restar provado, no devido procedimento disciplinar, que ele seja culpado. Antes desse procedimento, não poderá o fato tinar os assentamentos individuais do servidor imputado” (COSTA, 2006, p. 71).

Importa em nulidade do ato administrativo que aplica sanção administrativa ao servidor público quando já prescrita a pretensão punitiva, desta forma, a invalidade do ato poderá ser buscada na via administrativa ou judicial (BACELLAR, 2012).

## 5 CONCLUSÃO

Buscamos através deste trabalho definir os contornos do Processo Administrativo Disciplinar como um instrumento que objetiva a apuração das infrações disciplinares cometidas pelos agentes públicos, e ao final subsidiar a autoridade competente para decidir de forma justa, atendendo aos anseios do Estado e da Sociedade para a devida regularidade do serviço público, mas também assegurando todos os direitos ao acusado, principalmente no que tange ao devido processo legal, o contraditório e ampla defesa.

A prescrição que decorre do princípio da segurança jurídica é a perda do direito de punir do Estado, pelo decurso de tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado, tratando de questão de ordem pública, não havendo possibilidade de ser relevada pela administração, devendo ser declarada extinta a punibilidade de ofício pela administração.

A prescrição no Processo Disciplinar é assunto bastante controvertido, apresentando diversas posições doutrinárias conflitantes. A primeira discussão gira em torno do correto instituto extintivo que produz efeitos sobre a pretensão punitiva administrativa do Estado. Há aqueles que defendem a ocorrência da Decadência, pois na administração não existe ação e a prescrição está relacionada com a perda da ação pelo não exercício no tempo. No entanto, hoje a visão de Processo não está mais adstrita ao Poder Judiciário, havendo Processo e ação nos demais Poderes, evidentemente em sua peculiar configuração. Nesse sentido, ocorre a Prescrição pela perda da ação administrativa, bem como, há possibilidade da ocorrência de Suspensão e Interrupção nos prazos. Esse foi o posicionamento adotado pela Lei nº 8.112/90, que institui o regime jurídico dos Servidores Públicos da União, legislação como vimos que é utilizada subsidiariamente por muitos outros Estatutos nos mais diversos níveis e poderes.

A Prescrição Disciplinar é princípio constitucional devido a sua previsão na Carta Magna, o que afasta as teses que apontam pela possibilidade de haver imprescritibilidade das infrações disciplinares, que é outra questão bastante controversa.

Nesse desiderato, a prescrição disciplinar deve ter previsão legal definindo o termo inicial de contagem do prazo, não admitindo a omissão, que deverá ser



suprida pela analogia, ou a existência de normas que admitem possibilidade da imprescritibilidade, como na própria Lei nº 8.112/90 que apresenta como termo inicial o dia “que o fato tornou conhecido”, pois poderia haver conhecimento oficial do fato após dez, vinte e trinta anos, aptas para ensejar abertura de processo disciplinar contra o agente público, sem menor cabimento devido sua inutilidade para o serviço público, além de impossibilitar a ampla defesa e violar direito à segurança jurídica.

No que concerne às suspensões e interrupções também devem ter previsão legal, e tais descontinuações sobre a contagem do prazo prescricional não poderão extrapolar as razões e o tempo previsto, principalmente nos casos de interrupção pela abertura do processo disciplinar, pois se houver extrapolamento, haverá reinício da contagem prescricional, independente do estágio que esteja o processo.

Já em relação às infrações administrativas capituladas também como crime, grande parte dos Estatutos prevê que os prazos prescricionais são os mesmos previstos para o crime, aplicando as regras constantes no art. 109 do Código Penal quanto aos prazos prescricionais calculados sobre a pena máxima cominada ou sobre a pena em concreto. Neste último caso se já houver sentença condenatória criminal transitada em julgada pela acusação.

Havendo a prescrição disciplinar haverá a perda da pretensão punitiva administrativa, e sua consequente extinção da punibilidade do agente apontado como autor do fato. Tratando de matéria de ordem pública poderá ser alegada a qualquer tempo pelo agente público, bem como poderá ser reconhecida pela Administração *ex officio*. Ainda que os Estatutos permitam o registro do fato nos assentamentos funcionais do agente público, nos casos de prescrição, entendemos que somente poderá ocorrer após a devida apuração do fato e constatação da infração pelo servidor.

Portanto, a prescrição visa regular a correta aplicação dos processos disciplinares pela Administração e prover a segurança jurídica para o agente público.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edemir Netto de. **Contrato Administrativo** – São Paulo: Editora RT, 1986.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 5. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2009. – (Coleção curso concurso – v. 24 / coordenação Edilson Mougenot Bomfim).

----- . **Processo Administrativo Disciplinar**. 3 Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao Direito**. Filosofia, História e Ciência do Direito. Vol. II – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 16. Ed. – São Paulo: Malheiros, 2003.

----- . **Curso de Direito Administrativo**. 27. Ed. – São Paulo: Malheiros, 2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 5. Ed. – Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1936.

CARVALHO FILHO, Aloysio. **Comentários ao Código Penal** – Rio de Janeiro: Forense, 1944.

CARVALHO SANTOS, J M. **Código Civil brasileiro comentado**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Novo Manual de Processo Administrativo Disciplinar** – Brasília, 2013.

Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/publicacoes/guiapad/>. Acessado em 26/09/2013.

COSTA, José Armando da. **Controle Judicial do Ato Disciplinar**. 2. Ed. São Paulo: Método, 2009.

----- . **Prescrição Disciplinar** – Belo Horizonte: Fórum, 2006.

------. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar** – São Paulo: Saraiva, 1984.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo** – 16. Ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 1999.

------. **Prática do Processo Administrativo** – 3. Ed. ver. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

FIGUEREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. Ed. rev. atual. amp. – São Paulo: Malheiros, 2003.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade** – Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação de Improbidade Administrativa**. Decadência e Prescrição. Revista Interesse Público – Porto Alegre: Nota Dez, n. 33, p. 37-80, set./out. 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. Ed. rev. atual. amp. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LAZZARINI, Álvaro. **Temas de Direito Administrativo**. 2. Ed. Ver. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LUZ, Egberto Maia. **Direito Administrativo Disciplinar: Teoria e Prática** – 3. Ed. ver. ampl. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARTINS, Ives Gandra e PASSOS, Fernando. **Manual de Iniciação ao Direito**. - São Paulo: Pioneira, 1999.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16. Ed. rev. atual. amp. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. Ed. atual. – São Paulo, 1994.

-----, **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. Ed. atual. – São Paulo, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. 4. Ed. atual. rev. aum. – São Paulo: Malheiros, 2010.

-----, **Processo Administrativo**. 4. Ed. atual. rev. aum. – São Paulo: Malheiros, 2007.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Súmula nº 01/2011 do Conselho da OAB**, publicado no DOU Seção 1, de 14 de abril de 2011, p. 142.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 18. Ed. – São Paulo: Saraiva, 1994.

ROZA, Cláudio. **Processo Administrativo Disciplinar & Ampla Defesa**. 2. Ed. rev. ampl. – Curitiba: Juruá, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal – Parte geral** – São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3. Ed. rev. atual. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

VAROTO, Renato Luiz Mello. **Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar**. 2. Ed. rev. Atual. Ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.